Ueber das Deutsche Credit- und Hypothekenwesen

mit

besonderer Berücksichtigung des Königlich Hannöverschen und des Herzoglich Braunschweigschen Landesrechts,

von

Dr. Karl Reck.

Zweites Heft.

Göttingen
bey Vandenhoeck und Ruprecht.
1832.

Ueber die öffentliche und ingrossationsfähige Hypothek, mit einigen juristischen und legislativen Seitenblicken.

II

Hannöversches Recht. Historisch-dogmatische Abtheilung.

Göttingen
bey Vandenhoeck und Ruprecht.
1832.

Da Labyrinthe nun das Labyrinth verwirren,
Wer soll euch Ariadne seyn?

Göthe.

Dem

Herrn Archivrathe und Bibliothekare

Doctor Pertz

in Hannover,

seinem

verehrten Freunde,

voll Hochachtung und Freundschaft

gewidmet

von dem

Verfasser.

Cum tot sustineas et tanta negotia solus.
Hor.

Lieber Archivrath,

wir haben einmal einen kleinen Dispüte zusammen gehabt, der leicht hätte gefährlich werden können.

Ich behauptete, daß es gut sey, schon in den jungen Jahren, deren Früchte so den grünen Erbsen um Pfingsten gleichen, den Anfang mit dem Schreiben zu machen; Sie dagegen, erst in den mittleren oder späteren

Jahren, deren Werke so dem vollreifen Sommer- und Herbst-Gemüse ähnlich sind. —

Unter anderm stützten Sie Sich auch auf die Auctorität meines theuersten Lehrers und Freundes Jacobs, welcher, selbst ein frühzeitiger und immer sehr beliebter Schriftsteller, mir einst bey jugendlichen literarischen Wehen scherzend sagte, daß man einem jeden, der vor dem 30sten Jahre seine ungegorene Weisheit dem Publico einfiltriren wolle, die rechte Hand amputiren solle, wo ich denn im juristischen Ernste nicht verfehlte, das Dessausche Gesetz gegen die Baumschänder als eine passende Parallelstelle zu citiren, da ich wahrlich nicht einsehe, warum man das Holz der Freiheit und des Galgens poetisch allein zu den Bäumen zählen will, den Preßbengel, welcher doch offenbar „der Baum der Erkenntniß" ist, dessen lockende Aepfel die vorsichtigen homöopathischen Carlsbader Brunnenärzte auch mir streng verboten haben, aber nicht.

Den Gegner zu besiegen ist immer wohlthuend, am süßesten, mit Geschütze, das man in dessen eigenem Zeughause vorfindet.

Die Geschichte der Merovingschen Hausmeier und die Italiänische Reise sind schon in den Pfingsttagen des Lebens geschrieben, und wenn gleich in dem ersten Büchelchen nach den Gesetzen der Naturgeschichte die historisch-politischen Krallen noch nicht völlig ausgewachsen seyn konnten, so sieht doch ein jeder Kenner, zu denen ich natürlich vor allen Andern mich mitrechne, daß keine fehlt oder verfehlt ist; die Italiänische Reise ist schon ein Buch, und beweist außerdem, wie Sie Geist mit Gelehrsamkeit, Seele mit Leib, zu vereinigen wissen, wofür ich sogar die Auctorität unsers gemeinsamen diplomatischen Freundes, der auf dem Capitole thront, aus dessen gediegener und geistreicher Beschreibung der ewigen Stadt citiren könnte, wenn ich nicht wüßte, daß seit

1830 die Auctorität der Diplomaten vor dem imponirenderen Ansehen der Demagogen, der Barricaden und der Pflastersteine, wie das Gewebe der Spinnen vor dem Besen der Stubenmädchen dahin geschwunden ist.

Gleich darauf, noch vor Johannistag, die zwei Theile Monumenta, an welche gewiß „unser Deutsche Geisterkönig," wie er neulich, kurz vor seinem Aufschwunge zum Urquelle alles Lichts, von einem sehr lebendigen Verstorbenen so höchst charakteristisch genannt ist, im guten Sinne mit gedacht hat:

Euch, nicht ihm baut ihr Monumente!

Alles gute Vorspiele und Anwartschaften auf Karl den Großen, welcher wahrscheinlich, so wie Sie nebenbey eine Zeitung redigiren, sich daraus dann und wann unter der Rubrik „aus dem Sachsenlande" würde rapportiren lassen, wenn er wieder aufleben sollte, was

ich, den Inhalt Ihrer Monumenta an Ort und Stelle der Handlung zuweilen erwägend, als Historiker so fest wie als guter Christ die Auferstehung der Leiber glaube.

Und jetzt wollen Sie nun gar als Deputirter der Stadt Hameln, deren waldbekränzte romantische Höhen von den aromatischsten Blumen duften, den großen summenden Bienenkorb des Landes mit beziehen, in welchem der süße Honig des neuen Verfassungswerks bereitet werden soll, wobey ich jedoch nicht ganz außer Sorgen bin, da durch eine kaum bemerkbare chemische Wendung der süßeste Honig in den schärfsten Essig zuweilen verwandelt werden kann. — Indeß malum omen absit! —

Warum ich nun gerade Ihnen ein so abgeschmacktes und ungenießbares Buch als das nachfolgende zueigne, läßt sich leicht sagen.

Zuvörderst muß diese verlegene Waare jetzt endlich an den Mann, ich fürchte, daß dieß mein Verleger ist, gebracht werden, und gewiß, sie mit sammt ihrem Kerne — dem Begriffe der Hannöverschen öffentlichen Hypothek — wird sofort zu Staube zerfallen, so wie ein Sonnenstrahl darauf sinkt; mein Abschiedswunsch auf die Reise!

Sodann kann ich überall nichts gescheutes schreiben, und wenn ich es auch könnte, was ich abermals unnützer Weise läugne, so würde ich es doch jetzt gerade nicht thun, da die Luft mit allem möglichen, namentlich auch mit theologischen „Kreuzige!" schwanger ist, wie in allen Entwickelungsperioden, wo sogar das schöne und sonst so sanfte Geschlecht höchst reizbar seyn soll.

Endlich hoffe ich so, da ja auch hier von mühsamer Historie die Rede ist, den fünften

Leser zu bekommen, Sie, meine beiden befreundeten Revidenten, den Corrector und den Setzer, und wenn ich nun noch den geehrten Herrn Censor, nothgedrungen, hierher incommodiren muß, so habe ich gerade ein halbes Dutzend voll, sapienti sat! Selbst Hegel, der große christliche Naturphilosoph, hatte ja nach dem bekannten halb officiellen Artikel aus Berlin nur einen Schüler, der ihn verstand, welcher ihn aber mißverstand; wie sollte also ich, der ich nur Jurist bin, bey der sechsfachen Anzahl lauter verständiger Leser mich nicht christlich zu resigniren wissen!

Sie sind der einzige noch nicht gefangene Fisch. Sollten Sie aber, mein lieber Dedicat, freventlich mein Buch nicht durchlesen, von Anfang bis zu Ende, die ganze Leier, ohne Erbarmen, und mir so einen error calculi in mein halbes Dutzend bringen, dann versichere ich Sie als wahrhafter Prophet,

daß es Ihnen mit Ihren Monumentis und Karl dem Großen, wie Leonardo da Vinci mit seinem Christus im Abendmahle zu Mailand gehen wird, an welchem er täglich malte und nicht fertig wurde — Sie sehen, welch' ein fürchterlicher Zauberspruch für Sie und Andere. Cura ut valeas!

Göttingen, den 1. Mai 1832.

Ganz der Ihrige

K. Reck.

Vorrede.

Der Verfasser ist von mehreren Seiten, und zuletzt noch von der theologischen, aufgefordert, daß er doch nunmehro mit seinem kleinen Creditprojectchen hervortreten möge. — Gewiß war die Absicht bey diesen Aufforderungen sehr wohlwollend und ehrenvoll, allein „Meine Gedanken sind nicht Eure Gedanken, und Eure Wege sind nicht meine Wege!"

Horaz, der untrügliche Barometer des guten Geschmacks und der Weltklugheit, bestimmt die Dauer einer jeden gesunden literarischen Schwangerschaft, welche nicht bloß den Schwarm der Tagesfliegen liefern will, mit Jahren rechnend, auf die Zahl der Musen, also ungefähr auf die sechsfache Zeit, welche der Elephant trägt, und auch wir haben nicht gesehen, daß geistige Werke durch längeres Einwirken der Sonnenstrahlen

herber geworden sind. — Seit dem 18. Oct. 1828, wo wir nach langer Pause, deren Grund wir vielleicht ein ander Mal dem Deutschen Publico vorlegen werden, uns von neuem zu diesem Werke entschlossen, haben wir manches in pto. hypothecae angeschaut, bedacht, erforscht; allein, von weniger bedeutsamen Dingen abgesehen, haben wir das Oestreichsche und Mecklenburgsche Hypothekenbuch noch zur Zeit gar nicht abreichen können, und auch daran wünschen wir, wo möglich, unser Projectchen erst zu halten. Auch von dem Preußischen Hypothekenbuche im Osten des Landes haben wir noch nichts gesehen. Versprochen ist von uns außerdem in obiger Hinsicht gar nichts, und in unsern Verhältnissen liegt auch gar kein Grund dazu, so wenig als zur Eilfertigkeit!

Wir vertrauen der Zukunft, rechnen aber als Politiker nicht auf sie, in Zeiten geistiger Verwirrung und Beängstigung der Menschen, wo diese in den Wallungen politischer Factionen ungewiß hin- und herfahren, wie der gekunkelte Fisch auf den Wellen der Flüsse, bis er strandend am Ufer zur Ruhe anlangt.

Auch ist es von Anfang an, wie das erste Heft ergiebt, unsere Absicht gewesen, daß unser eigener Entwurf erst am Ende des ganzen Werkes in seiner Gesammtheit hervortreten und dieses schließen, bis dahin aber nur dann und wann zwischen den Gardinen

hervorgucken solle. — Erst soll, wie auch Freund Strüve in seiner Kritik gerathen *), das Bestehende in seinen historischen und politischen Grundzügen vorgelegt, die Controverse geübt, und der hypothekarische Boden von Grund aus gleichsam rajolt werden. Nur dadurch kann er für neue und, wie wir hoffen, bessere Cultur empfänglich werden.

Solche Erscheinungen als die Geschichte des Hannöverschen Hypothekenwesens in dem vorigen und im Anfange dieses Jahrhunderts, dürfen der Nachwelt außerdem nicht stillschweigend überliefert werden, eben so wenig als der unglückliche Erfolg der Baierschen Versuche, welche ja anfangs so sehr einladend zur Nachahmung im Hannöverschen geschienen haben sollen, und dieß Bild im Kleinen mag der Nachwelt, wenn sie Belieben finden sollte, anschaulich machen, daß der Verfasser Grund hatte, in dem ersten Hefte den Schutz der Götter gegen geistige Ohnmacht und Verwirrung für sich anzuflehen.

Eine Controversschrift in dem obigen Sinne legt jetzt der Verfasser unter Beziehung auf pag. XXXII und XXXIII. der Vorrede zum ersten Hefte dem juristischen Publico in Demuth vor; diese vor allen anderen zuerst, weil dadurch die Beschränktheit des gan-

*) Jur. Zeitung für das Königr. Hannover. 1831. № 3.

zen jetzigen Hypothekeninstituts am fühlbarsten wird; weil dieser Punkt für die Hannoveraner, wie der Inhalt des Werks ergiebt, mit Cito! bezeichnet ist, und weil der gerügte erhebliche Uebelstand ganz ohne Kosten für das Land mit höchstens einem Fingerhute voll Tinte beseitigt werden kann, eine Hauptsache bey unserer Armuth, deren wir ja jetzt, wenn gleich wie es dem Verfasser scheint noch nicht hinlänglich, selbst geständig sind. Mögen wir Deutschen in dieser allernothwendigsten Erkenntniß fortfahren, mögen wir dabey ohne Selbsttäuschung und falsche Schaam auch einen Blick auf unsere geistige Armuth in politischen Dingen werfen, alsdann können wir zur Buße und Besserung gelangen, und so das Land gerettet werden. — Der fortgesetzte thörichte Wahn pecuniären und geistigen Reichthums würde das Land offenbar noch mehr verderben. Dieß ist der Grundgedanke, von dem wir wenigstens ausgehen, auch bey diesem Werke, schon 1828, als Andere von dem allgemeinen pecuniären und geistigen Bankerotte, welchem die Welt mit raschen Schritten entgegen eilt, noch keine Ahndung oder, mit wenigen ehrenvollen Ausnahmen, Grund zum Schweigen hatten.

Warum so spät dieß Heft? wird mit Recht der geneigte Leser fragen, seit Frühling 1830 die erste Fortsetzung, und außerdem schon damals fertig geschrieben bis zur Revision! Das gewöhnliche Geschäft des Tages; unsere kleine und dennoch sehr verhängniß=

volle Göttinger Woche, wenn wir ihr auch von unserm Sopha ab ganz ruhig zusahen, und auch nach unseren harmlosen bürgerlichen Verhältnissen als Waisenvater zusehen durften; unsere daraus indirecte erwachsenen Fragmentarischen Betrachtungen 2c. vorzüglich über die Schafe; 186 Tage auf hypothekarischen Reisen zugebracht; der Tod so vieler nahen theuren Verwandten, und mehr als alles dieß, die leidige Erfahrung des Satzes: Der Geist ist willig, aber das Fleisch ist schwach! mögen uns bey dem freundlichen Leser, der gewiß nicht von Eisen und Stahl ist, zu einiger menschlichen Entschuldigung gereichen. Und doch fürchten wir eher, daß der geneigte Leser, schon bey der Durchsicht der ersten Seiten ausrufen werde: C'est trop tôt! als daß er in das finstere Losungswort der jetzigen Zeit einstimme: C'est trop tard!

Dieß Heft macht aber auch auf gar nichts Anspruch, nicht auf Witz, nicht auf Darstellung, nicht auf Scharfsinn, nicht auf Gelehrsamkeit, obgleich wir uns auch an die Göttinger Bibliothek hätten ansetzen können. Wir haben nur Eins gewollt, dieß haben wir, selbst mit unsern geringen Mitteln, erreicht, und hinlänglich in dem Buche selbst ausgesprochen. — Kein menschlicher Witz ist im Stande, denjenigen verderblichen Begriff wieder aufzubauen, den wir hier vernichtet haben, und selbst die Furcht, mit in den Staub zu fallen, außerdem ein häufiges Schicksal der Kämpfenden, hat uns dieß Mal nicht geschreckt. — Große juristische Aus-

führungen über einzelne Theile des Rechts sind ja auch gerade in der neuesten Zeit von ausgezeichneten und uns befreundeten Gelehrten geliefert, und wer hat gewagt, bey ihnen zu sagen: es ist zu viel!

Kann der Hannöversche Geschäftsmann den Grundgedanken des Werks bey seinen Operationen sich aneignen; danach als Hypothekenbewahrer ingrossiren, als Richter Controversen entscheiden; als Amtsassessor und Notar ihnen bey Concipirung der Obligationen als ein zweiter seliger Stryck, und hoffentlich mit besserem Erfolge, vorbeugen; als Advocat alles und jedes im Geiste des Verneinens bestreiten; findet der eigentliche Gelehrte hie und da eine historische oder dogmatische unscheinbare Notiz, welche ihm des Ueberlegens werth dünkt; erscheint endlich Allen das Ganze als ein Fragment des heillosen juristischen Chaos, in welches wir durch bedenkliche historische Entwickelung nun einmal versetzt sind, und das wir um jeden Preis besonnen und auf die richtige Weise jetzt reguliren sollen und müssen, da wol nicht der Tag, sondern die Nacht naht; ist durch diese Abhandlung in einer wichtigen Materie ein schwacher Versuch gemacht, zuvörderst eine Probe von der Verwirrung der juristischen Dogmen zu geben, und sodann durch die Dogmengeschichte zur legislativen Verbesserung des Rechts durchzudringen; — alsdann wird der Verfasser sich mehr als hinlänglich belohnt fühlen. — Denn natürlich wollen wir unsern Actenextract künftig auf

mehr als eine Weise benutzen, und auf ihn gestützt, demnächst noch andere Conclusionen als hinsichtlich der hypotheca publica nehmen; wir schreiben nicht ohne arrière-pensées, und die Freunde unserer Jugend wissen, von welchem Datum und von welcher Art diese sind. —

Gern hätten wir schon hier unsere Vorschläge zu den übrigen nöthigen Amendements in der betreffenden Materie angehängt. Auch diese sind bereits im Jahre 1829 ausgearbeitet, und in diesem Frühlinge von neuem revidirt. Wir ziehen es jedoch vor, sie einer nochmaligen Revision zu unterwerfen, zumal wir den Umfang eines Heftes schon überschritten haben, und die Proceßgeschichte der Nordheimer Caserne uns belehrt hat, daß nichts gefährlicher ist, als wenn die Pferde nicht ganz bequem mit ihren Schwänzen im Stalle Platz haben. — Die Hauptsache ist geschehen; die Nothwendigkeit der clausula intabulandi bey der Ingrossation vorzüglich der alten, jene Clausel nicht enthaltenden, Obligationen, beseitigt; dadurch einer neuen Erschütterung des Credits vorgebeugt, und sowol für die Geschäfte als die Legislation das Terrain durch die Doctrin so weit vorbereitet, daß allenthalben wenigstens feste Anhaltspunkte gewonnen sind.

Rühmen wir nun noch, wie in dem Jahrsberichte des hiesigen Waisenhauses, die Wohlthäter dieses

Instituts, das in jeder Hinsicht eine persona miserabilis, wenn gleich kein pium corpus, ist.

Freund Planck hat uns auch bey diesem Hefte dasjenige wieder prästirt, was wir hinsichtlich des ersten Heftes in der Dedication desselben dankbar anerkannt haben; nein, er hat mehr geleistet, da er schon 1829 unser Manuscript zwei Mal durchgelesen, und jetzt nach dessen Umarbeitung wieder; wer wird nicht seine treue Freundschaft erkennen, aber auch bedauern?

Ein anderer Freund, welcher die vierte Correctur, zuweilen noch nachhelfend, mit uns des Abends gemeinschaftlich besorgte, will, sans comparaison in jeder Hinsicht, wie einst Nicodemus, von uns und dem Deutschen Publico, letzteres sonst ein Leichtes für ihn, nicht genannt werden. Habeat sibi!

Der Hr. Dr. A. Lion hat die beiden ersten Correcturen gütigst übernommen, sie mit großer Accuratesse besorgt, und da die Deutschen Philologen ihn schon als Conjecturenmann kennen, so dürfen wir zum Ueberflusse noch versichern, daß er auch unser, dem Conjiciren — etwa wie Varro De lingua Latina — sehr exponirtes, Manuscript mit mehreren Conjecturen gütigst versehen hat, von welchen durch den Auctor einige in den Text dankbar aufgenommen sind. Dasselbe können wir von unserm guten Setzer Vorgolte rühmen.

Sein Fleiß und seine Geduld waren unermüdlich, und in jeder Officin wird er willkommen seyn. —

Die Höchst und Allerhöchst verehrten Herren Recensenten, deren mildrichterliches Amt wir hier noch in der Antichambre als reuiger Sünder auf das Devoteste anflehen, mögen jenen erheblichen Umstand nach den Grundsätzen der justitia distributiva — zufolge der neuesten Uebersetzung: Chacun selon ses oeuvres, Chacun selon ses capacités! — in judicando ja gnädigst mit berücksichtigen, da wir ja unmöglich für unsere Complicen mit gestraft werden können, und höchstens als auctor intellectualis dieses literarischen Verbrechens oder als der controverse dolus causam dans unmaßgeblich betrachtet werden dürften.

Gern sagten wir nun noch den aufrichtigsten Dank für die große, zum Theil fast partheiische Nachsicht, mit welcher das erste Heft dieses Werks aufgenommen ist; für die viele außerordentliche Güte und das unbeschränkte Zutrauen, welche dem Verfasser, und nicht bloß in hypothekarischer Hinsicht, auf seinen beiden letzten Reisen in Nord- und Süd-Deutschland für sein schwaches juristisches Streben bey alten und neuen Freunden zu Theil wurden; doch, wäre auch unsere Feder überhaupt nicht viel zu schwach dazu, die herrlichen Eigenschaften des Deutschen Volkes in unserm Reisejournale durch einzelne Züge würdig zu schildern, wir würden billig Anstand

nehmen müssen, hier davon zu reden, da wir keinen andern Wunsch, keine andere Absicht und keine andere Divination haben, als daß dieß Heft, welches wir anfangs № 0 taufen wollten, mit dem behandelten Gegenstande recht bald durch das herbeygeführte Bessere der verdienten gänzlichen Vergessenheit übergeben werden möge. —

Telle qu'une bergère, au plus beau jour de fête,
De superbes rubis ne charge point sa tête,
Et, sans mêler à l'or l'éclat des diamans,
Cueille en un champ voisin ses plus beaux ornemens; —
Telle etc.

Boileau l'art poétique.

Inhaltsanzeige,

welche das Lesen des Buchs entbehrlich macht.

Erster Abschnitt.

§. 1.

Wenn man die verschiedenen Creditsysteme überblickt, welche noch jetzt in Deutschland praktische Wichtigkeit haben, nachdem so viele seit ungefähr 100 Jahren durch die neueren großen Legislationen nach und nach beseitigt sind; so erstaunt man mit Recht über die Mannichfaltigkeit der politischen Grundlagen, welche sich in jenen Systemen an den Tag legt, da alle Creditsysteme, nicht bloß in Deutschland, sondern überhaupt in den Romanischen und Germanischen Ländern, sich auf eine zwiefache gemeinsame Wurzel zurückführen lassen, das Römische und das ältere Deutsche Recht. Ein Grundzug des späteren Römischen Rechts war aber die aus der Klarheit und der Energie des Volkes, so wie der Einheit des Staats nach und nach erwachsene Uniformität seiner juristischen Institute, welche so groß ist, daß wir in den späteren Zeiten in privatrechtlicher Hinsicht endlich kaum noch einige leise Nüancen wahrnehmen können; die spätere Republik und vorzüglich das Kaiserreich hatten alles nach und nach uniformirt, und so finden wir im Corpus juris auch nur ein Creditsystem.

Bey unserm Volke war die Einheit des Rechts ursprünglich weit größer, als man bey den verschiedenen Stämmen und Staaten, in welche wir die Nation von Olims Zeiten bis jetzt zerfallen sehen, hätte erwarten sollen. Die Auflösung der Einheit des Rechts fing erst vorzüglich im späteren Mittelalter an, als fast jeder Stand gleichsam ein eigenes Volk, jeder District ein eigenes Territorium bildete; seine Autonomie errang; das Gesammt-Gefühl- und Bewußtseyn verloren ging; die Verhältnisse sich mehr ins Kleine, Individuelle und Philiströse zusammenzogen, und das fremde, schwer zu amalgamirende Recht überhand nahm. Da zerfiel das Recht, wenn gleich noch auf den nämlichen geistigen Grundlagen ruhend, auf dem Germanischen Continente in eine solche Mannichfaltigkeit und Vielheit, wie der Sand am Meere und die Gestirne am Firmamente, wogegen England die Einheit seines Rechts, so viel wir wissen, im Wesentlichen von jeher behauptete.

Frankreich, dessen Bewohnern Klarheit und Einheit das erste geistige Bedürfniß ist, arbeitete sich vor unseren Augen auf eine etwas unsanfte Weise aus der Vielheit des Rechts empor, — Segen und Fluch zugleich, indeß jener überwiegend*), — und auch in Deutschland ist seit der Re-

*) Car, ne craignons pas de le déclarer, ne craignons pas d'agir en conséquence, il n'y aurait que désordre et ruine pour le nouveau régime dans le brisement, dans le relâchement même des ressorts de cette puissance d'administration que l'Europe nous enviait, qu'elle a copiée en l'admirant, et dont l'imitation reste encore dans la plus grande partie de ses provinces, comme la seule trace de nos conquêtes. Casimir Périer.

Bey dem Justizwesen tritt dasselbe ein. Alles kommt auch hier auf das Maaß an; dieß kann aber nur relativ seyn, nach gar vielen Rücksichten.

formation ein entschiedener Zug zur Einheit des Rechts sichtbar. —

Die Verschiedenheit der Creditsysteme in Deutschland betrifft nicht immer bloß das Laubwerk und die kleinen Zweige, sondern zuweilen die Hauptäste und man möchte fast sagen den Stamm.

Nach einer Richtung kann man den Unterschied dahin feststellen, daß einige Legislationen, vorzüglich alle neueren, namentlich auch die Hannöversche, das Gesetz der Inscription der hypothekarischen Forderungen ganz oder zum Theil als Regulativ der Priorität im Concurse angenommen, andere, sey es aus Vorsicht oder aus Ohnmacht, sich desselben noch zur Zeit enthalten haben.

Bey den ersteren ist, wie von selbst einleuchtet, die Buchführung das wichtigste Moment; sie ist von einer solchen ungeheuern Wichtigkeit, daß, wenn man die bisherigen Versuche und deren wahrscheinliche definitive Resultate auch nur einigermaßen überschlägt, es wohl bezweifelt werden darf, daß auch nur eine einzige von den Legislationen, welche das Gesetz der Inscription einführten, schon im voraus die umfassenden Bedingnisse dieser Operation vollständig abgewogen, und, vor der Aufgabe stehend, deren allseitige Möglichkeit, Eingreifen und Endresultat übersehen habe, und daß sie im Stande gewesen sey, die Probe ihrer Arbeit rückwärts zu machen.

Wir wollen hier nicht von dem Gesetze der Inscription und den politischen Bedingnissen und Resultaten der Buchführung sprechen; auch nicht von der Buchführung selbst und deren mannichfachen Verschiedenheiten; eben so wenig von den mehrfachen Operationen, welche der wirklichen Eintragung der Forderungen nach diesem oder jenem Systeme vorangehen können; alles dieß einer genauern Prü-

fung in andern Heften dieses Werks vorbehaltend; wir wollen hier bloß von der Ingrossationsfähigkeit der Forderungen, combinirt in gewisser Hinsicht mit dem Geschäftsmechanismus hinsichtlich der Eintragung, handeln, und auch von dieser nicht im ganzen Umfange.

Sobald eine Gesetzgebung sich für das Gesetz der Inscription entschieden hat, so entspringt die Frage: „welche Forderungen in das Hypothekenbuch eingetragen werden können?" Dieß ist aber eine wahre Lebensfrage; denn hängt der Vorzug einer Forderung, und damit die Möglichkeit deren Realisirung im Concurse, von deren Inscription in ein Buch ab, so ist natürlich die präjudicielle Frage, ob eine Forderung von der Beschaffenheit sey, daß sie in das fragliche Buch eingetragen werden könne, von der größten Bedeutsamkeit, eben so wichtig für die Forderungen, als in Indien und Amerika, zu welcher gesellschaftlichen Kaste oder Farbe, oder in dem größeren Theile von Europa, ob man zu den Geschlechtern der Beamtenaristokratie, der jetzigen gens militaris der Vorzeit, gehöre.

Nimmt man nun die Ingrossationsfähigkeit der Forderungen im ganzen Umfange des Worts; so umfaßt sie fast alle factischen und rechtlichen Momente einer Forderung, welche in das Leben und in das gesammte Gebiet des Rechts gehören, z. B. ob wirklich ein solches Individuum, oder ein solches Grundstück, wie in dem Schuldinstrumente als Schuldner oder Hypothek bezeichnet sind, existirt; ob der Schuldner und Gläubiger contractsfähig sind; ob die Schuld selbst vom Rechte anerkannt oder reprobirt ist; ob das Instrument die gehörige Form und Beweiskraft hat; ob die Hypothek, wie einige Ordnungen fordern,

noch nicht überschuldet, oder ob der Schuldner Eigenthümer der Hypothek ist.

Alles dieses, so wie überhaupt den ganzen factischen und rechtlichen Bestand der Forderung, sey es eine einfache oder durch eine Hypothek gesicherte Obligatio, stellen wir hier nicht zur Untersuchung, sondern jenen factischen und rechtlichen Bestand der Forderung voraussetzend, fragen wir: Muß eine Forderung, sey es eine einfache, oder durch eine Hypothek gesicherte Obligatio, außer jenem supponirten allgemeinen factischen und rechtlichen Bestande, nach dieser oder jener Legislation etwa noch besondere Eigenschaften haben, um von ihr als ingrossationsfähig anerkannt zu werden, oder nicht, und genügt schon jener supponirte allgemeine factische und rechtliche Bestand zur Ingrossationsfähigkeit? Ferner im ersteren Falle, welches sind jene Eigenschaften, welche die Gesetzgebung von einer Forderung verlangt, wenn sie ingrossationsfähig seyn soll?

Auch wollen wir im Wesentlichen nur von den conventionellen Forderungen sprechen, und unter diesen wieder im Wesentlichen nur von den hypothekarischen, die so genannten gesetzlichen Hypotheken und Privilegien, die einfachen Forderungen ohne Hypothek, einstweilen auf sich beruhen lassend, und vielleicht nur hie und da einen verstohlenen Blick in das verbotene Gebiet werfend. — Also bloß „die Ingrossationsfähigkeit der conventionellen hypothekarischen Forderungen," jedoch ohne strenge Douane! Wir reisen, wenn gleich ziemlich mit Colonialwaaren, namentlich mit Taback beladen, in einer leichten Chaise; man untersucht uns also, selbst an der Preußischen Douane, nicht so streng, und die Cholera wird man doch hoffentlich nicht in unserm Hypothekenwerke suchen wollen! —

§. 2.

Der geneigte Leser wünscht nun vielleicht, daß wir ihm eine ordentliche, systematisch logische Eintheilung der verschiedenen in Deutschland geltenden Legislationen hinsichtlich des obigen Punkts, gleichsam wie einen guide des voyageurs, beim Antritte dieser kleinen hypothekarischen Excursion in die Hand geben, vorzüglich da, so viel wir wissen, ein solcher noch nicht vorhanden ist. — Allein leider ist die Logik schon von Natur nicht unsere starke Seite, wie schon das Obige ergiebt, und der kleine und große Kiesewetter, so wie die so höchst unglücklichen und unpassenden Witzeleien und Sarkasmen des Mephistopheles und der Gebrüder Schlegel haben uns ganz darin verwahrlost.

Außerdem lassen sich auch die betreffenden legislativen Systeme wol nicht füglich auf ein logisch-systematisches Schema zurückführen, da sie von dem Volke und den Geschäftsleuten im Wesentlichen ausgegangen sind, und nicht von den Gelehrten, welche, Fichard und einige wenige ältere abgerechnet, erst seit nicht ganz einem Säculo, und vorzüglich in der neueren Zeit, sich auch auf die legislative Seite gelegt haben, wodurch denn auch die Systeme in die Gesetze, und gewiß nicht sine fructu, ut figura docet, gekommen sind. Man hat, wie bey einer anatomischen Tafel, das ganze Skelett sogleich in Händen; das Fleisch, den Saft, die organische Wärme, den Geist, kurz das Leben, kann man von der Anwendung erwarten; und wenn man gleich die legislativen Elephanten und Rhinocerosse nicht mehr aufzuweisen vermag, welche sich hier und da in den Gesetzgebungen der Vorzeit finden, und vor denen die spätesten Geschlechter noch Respect hatten; so kann man doch auf der andern Seite auch nicht leugnen, daß

jene Gesetzgebungen, als die 5 Bücher Mosis, die Bruchstücke der Colonischen Gesetze, das Corpus juris, der Sachsenspiegel rc., mehr einer Menagerie oder Arche Noäh, als einem rationellen legislativen Systeme gleichen, und um vernünftig und geschmackreich zu werden, wie das Evangelium, zuvörderst noch der Bearbeitung eines legislativen Dr. Bahrdt bedürfen. Und welcher unendliche Zeit- und Geldgewinn, wenn wir unsere Institutionenhefte zugleich auch als ein Gesetzbuch respective verkaufen und gebrauchen können, und zwar für jede Generation ein neues!

Sollen wir aber durchaus einen systematischen Schlüssel liefern, so können wir ihn nur in die so berühmte Form der Eintheilung gießen, in welche der wirklich elegante Gajus, mit welchem selbst zu irren bekanntlich Gewinn ist, die Römischen Obligationen, natürlich getrennt von den Actionen, libro 2. Aureorum goß *)!

Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris.

Und so sagen auch wir: Die gesammten in Deutschland geltenden legislativen Systeme hinsichtlich der Ingrossationsfähigkeit der conventionellen hypothekarischen Forderungen lassen sich auf drei zurückführen: entweder das Officialsystem, oder das Einwilligungssystem, oder, durch eigenthümliches legislatives Kraftgenie, irgend ein anderes! —

Die Aehnlichkeit beider Eintheilungen soll hier aber natürlich nach dem Grundsatze: Omne simile claudicat! nur darin bestehen, daß nur ein Glied allenfalls, zwei aber gar nicht passen.

Eine jede gute Hausfrau hat ihre Rumpelkammer,

*) l. 1. pr. D. De Obl. et act.

ein äußerst bequemes Ding! warum nicht auch wir Juristen, wenn wir uns nicht anders helfen können?

Irren würde sich aber der geneigte Leser, wenn er glauben sollte, daß wir ihm mit jenem Schlüssel die verschiedenen fraglichen Legislationen aufschließen, oder solche danach nur classificiren würden; „da sieh du zu!“ wogegen wir ihm gern die Freiheit geben, unsern Schlüssel, falls die Polizey es nicht etwa verboten haben sollte, durch Feilen abzuändern, oder ganz umzugießen, noch lieber aber, die Gesetzgebungen danach umzuformen, da der Moses und das Corpus juris sich gewiß ganz anders ausnehmen, wenn sie erst von irgend einem neueren theologischen oder juristischen Systeme — allenfalls im Grundrisse — aufgeschlossen sind, als wenn sie noch, wie sibyllinische Bücher, vor uns liegen — rudis et indigesta moles! Vorzüglich ist uns denn immer der sogenannte allgemeine Theil, namentlich in der enormen Ausdehnung, welche er in manchen Systemen gewonnen hat, als ein wahrer Hauptschlüssel der alten Rechte erschienen, leider aber mehr um das Corpus juris und den Sachsenspiegel, und selbst die Wißbegierde zu-, als um sie aufzuschließen, ein Binde- aber kein Löseschlüssel, eine wahre Blendlaterne hinsichtlich des Alterthums, das sich in formlosen modernen Allgemeinheiten Gottlob nicht erging. —

Sollen wir aber dennoch gleichsam einen, wenn gleich gewiß vergeblichen, Ansprung zur Logik machen, so dürfen wir vielleicht sagen, daß, wenn die Logik die Formation der Gesetzgebungen in der betreffenden Materie als schaffendes Princip regiert hätte, diese alsdann ihre Systeme nach folgender Ansicht vielleicht eingerichtet hätten:

„Daß die Ingrossation entweder ex officio, oder, wenn nicht auf Antrag, doch mit ausdrücklicher Einwilligung des

Schuldners, oder auf einseitigen Antrag des Gläubigers geschieht."

Ob diese Eintheilung logisch und erschöpfend seyn würde, überlassen wir billig besseren Logikern; gewiß ist es aber, daß, wenn auch die beiden ersten, doch das dritte Glied in beiden obigen Eintheilungen nach den vorliegenden Legislationen nicht vollkommen correspondirt, und unten wird, selbst bey den conventionellen hypothekarischen Forderungen, von denen natürlich hier in soweit allein die Rede seyn kann, sich vielleicht zeigen, daß die Welt leider nicht ganz in Logik aufgeht, und daß es auch in den legislativen Systemen solche Dinge giebt, welche ein geistreicher feiner Mann zuerst Spielarten nannte. —

Drei einzelne verschiedene Dinge können bekanntlich schon auf mehrfache Weise gestellt und componirt werden, wie die Mathematik ergiebt, als Einheiten, Zweiheiten oder Dreiheiten, und so werden wir denn z. B. auch mehr als einmal Schuldner und Gläubiger bey der Ingrossation zusammen finden.

Wir halten es also für sicherer, uns an das Institutionensystem zu halten, und werden es meistens dem Scharfsinne des geneigten Lesers auch überlassen, die Correspondenz des letzten Gliedes in beiden Eintheilungen, so wie die Spielarten, mit ihren Analogien, aufzufinden.

Indeß geben wir, wenn gleich höchst ungern, noch am Schlusse dieses Paragraphen der Logik die Ehre! Je reiner ein legislatives System sich auf eins der drei Glieder der zweiten obigen Eintheilung zurückführen läßt, desto klarer, desto fester, desto sicherer in der Anwendung ist es; wogegen die Spielarten am Ende denn doch nur Bastarde sind und bleiben, unter denen diejenigen wieder die bedenklichsten und häßlichsten sind, welche ein so

componirtes Blut haben, daß man kaum noch einige Tropfen der drei obigen Urracen darin erkennt, sondern daß sie vom Chaos selbst erzeugt zu seyn scheinen.

Die Reinheit der Race des legislativen Systems entscheidet aber wieder über die Schönheit und die gedrungene und doch heitere und behende Kraft der Kinder, und dieß sind denn natürlich die hypothekarischen Geschäfte.

§. 3.

Doch erklären wir noch unsere Worte, obgleich sie schon hinlänglich klar sind; freilich etwas spät, wie Mancher seine profession de foi. —

Unter Officialsystem verstehen wir dasjenige, wo die Ingrossation der hypothekarischen Instrumente principaliter eine Officialsache ist, wo der Hypothekenbuchführer befugt und verpflichtet ist, die ihm in seinem competenten Wirkungskreise vorkommenden hypothekarischen Obligationen, ohne besondern Antrag des Gläubigers oder Schuldners, ohne besondere Einwilligung des Schuldners, in das Hypothekenbuch schon kraft seines Amts einzutragen, womit natürlich nicht gesagt seyn soll, daß es den Interessenten benommen sey, auf die Ingrossation respective anzutragen, oder darin zu willigen.

Dieß System setzt voraus, daß die hypothekarischen Obligationen vor der Behörde, welche das Hypothekenbuch führt, entweder constituirt, oder confirmirt, oder angemeldet, oder verlautbart, oder gar offenbart, kurz auf irgend eine officielle feste Weise zur Kenntniß des competenten Hypothekenbewahrers gebracht werden müssen, denn wie sollte er sie sonst eintragen können?

Ferner ist natürlich immer bey diesem Systeme, wie bey den andern, vorgeschrieben, daß die fraglichen, zur

Competenz der betreffenden Hypothekenbehörde gehörenden, hypothekarischen Obligationen, wenn sie den Vorzug der gerichtlicher Notiz genießen wollen, auf die gesetzliche Weise sammt und sonders, sey es von Adam her oder von einer jüngeren Epoche an, etwa wie im Hannöverschen seit dem 1. October 1828, zur Kenntniß des Hypothekenbuchführers kommen müssen, denn sonst wäre ja die Buchführung unvollständig, und was hülfe sie alsdann?

Was die Qualität des Instruments betrifft, so ist diese von selbst klar, wenn die Constitution der Hypothek bey dem Hypothekenamte entweder nothwendig geschehen muß, oder doch geschehen kann und geschehen ist. Im Uebrigen wird sich wol im Allgemeinen weiter nichts darüber bestimmen lassen, als daß wenigstens ein öffentliches Instrument vorliegen muß, oder, wenn dieß nicht der Fall ist, daß die Ingrossation nicht auf einseitigen Antrag des Gläubigers geschehen darf. — Es kann die Instruction, welche der Hypothekenbewahrer vom Staate hinsichtlich seiner Pflicht, ex officio zu ingrossiren, bekommen hat, ja theils weiter, theils enger seyn; die Hauptsache ist, daß er ex officio handeln soll; die nöthige Qualität des Instruments kann nach den gesetzlichen Bestimmungen sehr verschiedenartig bestimmt seyn.

Dieß System zerfällt wieder, wie gewöhnlich, in a und b, je nachdem a) schon für sich die bloße Constitution, Confirmation, Anmeldung, Verlautbarung, Offenbarung, oder wie man sonst will, den beabsichtigten Effect des Vorzuges im Concurse erwirkt, oder dazu b) noch eine förmliche Buchführung und wirkliche Eintragung der Hypotheken in das Hypothekenbuch nothwendig ist. —

Das System a gehört eigentlich der Strenge nach nicht in diese Abhandlung, da wir von der Ingrossa-

tionsfähigkeit der hypothekarischen Forderungen sprechen wollen, und dabey die Nothwendigkeit der Ingressation voraussetzen; es beruht jedoch mit dem andern Systeme auf einer historischen Wurzel, oder dieses ist vielmehr aus jenem erwachsen; beide Systeme laufen zuweilen so nahe an einander hin, daß es oft schwer hält, sie scharf zu sondern, und manche Geschäftsleute glauben, daß das System b in ihrer Provinz etablirt sey, während sie doch nur das System a haben.

Dieser in seinen Folgen äußerst erhebliche Irrthum ist um deswillen sehr häufig, weil mit dem Systeme a zuweilen eine sehr vollständige Buchführung verbunden ist, und daraus von selbst die Ansicht sich nach und nach entwickelt, daß die Inscription ein sogenanntes essentiale sey. Selbst im Calenbergschen haben wir diese Verwechselung der beiden Systeme bey nicht ungeschickten Geschäftsleuten, ja in einigen der unten abgedruckten Präjudizien, gefunden, wo doch keine besonders vollständige Buchführung hergebracht ist, und gewiß das Gesetz der Inscription früher nicht etablirt war, da es keineswegs, wie irrthümlich angenommen wurde, schon in dem Begriffe einer öffentlichen Hypothek gemeinrechtlich von selbst enthalten ist, man mag vom Römischen oder vom Deutschen Rechte ausgehen. —

Um so mehr dürfen wir wol das System a mit berühren, zumal da gewiß, wer in Hypothekensachen A gesagt hat, auch bald B sagen wird, wie ja die Hannöversche Ständeversammlung auf eine eben so erfreuliche als eclatante Weise in den Jahren 1828 — 31 und zwar während desselben Landtages bewährt hat. —

Gewöhnlich ist mit diesem ganzen Systeme, a und b zusammen genommen, die Einrichtung entweder durch aus-

drückliche Bestimmung oder durch Usus verbunden, daß die hypothekarischen conventionellen Obligationen, welche den fraglichen Vorzug genießen wollen, in foro rei sitae constituirt, oder wenigstens darin confirmirt werden müssen, und dieses Forum ist denn auch der Buchführer, wenn man ein Paar unglückselige Ausnahmen übersieht, wie z. B. im Braunschweigischen seit dem Jahre 1823.

Will ein Staat dieß System durchführen, so ist ihm zu rathen, daß er förmliche Staatsbehörden habe, welche allein befugt sind, in der Sphäre ihrer Competenz die betreffenden hypothekarischen Instrumente nicht allein in das Hypothekenbuch einzutragen, sondern auch sie aufzunehmen, kurz, daß auch in foro rei sitae, wenn dieß, wie bisher, die Buchführung hat, die Constitution der Hypothek geschehe. Sonst entsteht leicht Verwirrung und Schaden. —

Die bloße Confirmation der Hypothek ist schon eine Corruption dieses Systems, und auch das Notariatswesen verträgt sich nicht gut damit, und ist überhaupt der ganzen alten Basis unserer Deutschen Institute fremd. Es hat uns nichts als Verwirrung gebracht.

Dieß System der Constitution in foro rei sitae, mit angehängter Ingrossation als Officialsache, vorzüglich a, indeß auch hie und da wol schon ziemlich früh b, besonders in den Städten *), ist das unserer Vorfahren, und hat schon als solches eine große Auctorität für sich. —

*) In einem Lateinischen Statute des Mittelalters heißt es in dieser Hinsicht ungefähr: Was vor dem Rathe beschlossen und in das Stadtbuch eingetragen ist, sit pro re judicata! Wir glaubten, es sey das Dortmunder oder Soester Statut; allein wir können die Stelle leider weder dort, noch sonst wo wieder finden.

Oft ist es, wie in den Bisthümern Münster und Osnabrück, vom Römischen Rechte ganz verdrängt, oft nur modicisirt; wo aber das Römische Recht simpliciter Landesrecht geworden, und das ältere Deutsche Recht vielleicht gar noch ausdrücklich aufgehoben ist, kann man die Präsumtion für dessen Existenz wol nicht als rechtlich etablirt annehmen, sondern es muß der Fortbestand des Instituts erwiesen werden, worunter wir aber keineswegs den nach der Deutschen Praxis so jämmerlichen Beweis eines Gewohnheitsrechts verstanden haben wollen, da es ganz etwas anderes ist, den Fortbestand alter Institute zu erweisen, als ein jus novum singulare. —

Daraus entwickelte sich unser zweites System, welches wir oben das Einwilligungssystem genannt haben, wo nicht anders inscribirt werden darf, als mit ausdrücklicher Einwilligung des Schuldners, selbst alsdann nicht, wenn die inscribirende Behörde zugleich die instrumentirende ist. — Dieß System ist von selbst klar. —

In der Regel fordert dieß System nicht, daß die einzutragenden Hypotheken bey der Hypothekenbehörde auch constituirt oder nur confirmirt seyn müssen, und wenn auch die inscribirende Behörde zugleich eine instrumentirende ist, so pflegt es doch den Interessenten frei zu stehen, die hypothekarischen Instrumente aufnehmen zu lassen wo sie wollen. Bald wird bey der Hypothekenbehörde ad protocollum instrumentirt, bald werden die Instrumente von einer andern öffentlichen Behörde oder von Notaren aufgenommen, und, mit der Einwilligungsclausel versehen, von dem Schuldner oder auch von dem Gläubiger zur Ingrossation vorgelegt; bald bloße gehörige Privaturkunden, welche dann noch der Agnition zu bedürfen pflegen.

Es kann dieß System indeß, seiner Natur nach, sehr gut fordern, daß auch die Constitution der Hypotheken bey der inscribirenden Behörde geschehen soll; es kann dieser aber auch, wenn wir so sagen dürfen, gar keine instrumenti factio beygelegt haben. In der Regel finden wir aber, daß dieß System den Interessenten es freiläßt, wo sie die Instrumente aufnehmen lassen wollen.

Die Einwilligungsclausel des Schuldners in die Inscription nennt man die Clausula intabulandi, mit welcher wir denn der Kürze wegen dieß System gewöhnlich bezeichnen werden.

Ziemlich gewiß scheint es uns, daß dieß System im Deutschen Rechte seine Wurzel hat. Wie alt es aber sey, darüber wagen wir nichts mit Bestimmtheit zu sagen. So viel scheint uns aber wieder gewiß, daß es weder sehr alt, noch ganz neu ist. Wir bezweifeln, daß es hoch in das Mittelalter hinaufgeht, wahrscheinlich wird man es aber bis in das 16te Jahrhundert verfolgen können. Vermuthlich hat es sich zu der Zeit zu entwickeln angefangen, als die Auflassung gesprengt wurde, namentlich da, wo man die Buchführung in foro rei sitae dessen ungeachtet beybehielt, und darauf allein die Legislation richtete. — Wir kommen im §. 43. hierauf zurück.

Das dritte System — die variae causarum figurae — ist so bestimmt, daß sich nichts darüber sagen läßt. — Der Name selbst ergiebt schon, daß es kein System seyn soll.

Das Hauptingredienz dieser Abtheilung ist indeß ein Creditsystem, welches dem Gläubiger die Befugniß giebt, die gehörigen hypothekarischen Schuldinstrumente, ohne und selbst gegen den Willen des Schuldners, inscri-

biren zu lassen. — Alles andere ist bloße Spielart eines der drei Systeme der zweiten obigen Eintheilung.

Wo die Ingrossation auf Antrag des Gläubigers in ihrer Reinheit prävalirt, hat die Hypothekenbehörde gewöhnlich die instrumenti factio nicht, wenigstens nicht ausschließend. Dieß folgt schon von selbst. — Das Notariatswesen, also auch Oeffentlichkeit des Instruments, ist vorherrschend.

Dieß Hauptingredienz dieser Abtheilung hat seine Wurzel nicht im Deutschen, mithin im Römischen Rechte; wenigstens ist es diesem, soweit es bey uns praktisch ist, analoger.

Vorzüglich gehört hierhin das Französische System, welches bekanntlich den ganzen Westen von Deutschland beherrscht.

Die obigen drei Systeme sind in den Gesetzgebungen, wie wir schon oben bemerkt, mehr oder weniger rein gehalten, indeß auch wieder nicht ohne lusus naturae, so daß es schwer seyn wird, das eine oder das andere in voller Consequenz allenthalben nachzuweisen. Sehen wir also dabey eintretenden Falls nur auf die Hauptsache, wie das Römische Recht bey den Zwittern, — id quod praevalet; — eine wahre Geißel der Logik. — Man wird aber hoffentlich in der Logik nicht mehr von uns fordern, als die Gesetzgeber darin selbst prästirt haben. —

Die politischen Bedingungen jener drei Systeme auszuführen, ist nicht ex professo der Gegenstand dieser Abhandlung, eben so wenig die Rathsamkeit des einen oder des andern Systems, unter gegebenen Verhältnissen, und dessen Folgen für Gläubiger und Schuldner, für die Leichtigkeit und Sicherheit des Geldverkehrs und überhaupt für Handel und Gewerbe. Noch weniger wollen wir prüfen, welches von ihnen am bequemsten als Uebergangspunkt zu

einem noch besseren Creditsysteme etwa benutzt werden könnte. — Alles dieses müssen wir uns im Wesentlichen bis dahin vorbehalten, daß wir das eigentliche politische Element des Credit= und Hypothekenwesens in seinem Grundwesen untersuchen. —

Wir wollen hier, wie die guten Oekonomen, gleichsam nur einigen Dünger zusammenfahren, um nöthigenfalls ihn demnächst zu verarbeiten und zu gebrauchen. Sey uns also nur hie und da ein lüsterner Seitenblick vergönnt, wie zu der verschleierten Schönheit! —

Natürlich wollen wir dadurch dem Leser das commune solatium aller Zeiten, aller Partheien, aller Secten, aber leider auch das wahre Kreuz aller Steuer= und Censursysteme — Gedanken sind zollfrei! — nicht abschneiden. —

Indeß möchten wir doch das Formelle der betreffenden Gesetzgebungen in der fraglichen Materie nicht so ganz außer Acht lassen, um doch wenigstens etwas schon jetzt zu versuchen. Aber auch hier möglichst wenig!

Sehen wir uns also im Wesentlichen nur nach einer einzigen Eigenschaft um, welche wir an den übrigen Sterblichen nicht besonders liebenswürdig finden können, aber an den Concipienten von Gesetzen, mit denen wir es natürlich immer allein und nicht mit den allerhöchsten Inhabern der gesetzlichen Sanction zu thun haben, höchst liebenswürdig, angenehm, ersprießlich, erbaulich, erquicklich rc., ja durchaus nothwendig finden, nämlich daß sie und ihre Werke handgreiflich sind. Namentlich wo es sich um Geld, den nervus rerum, handelt, sollte man billigerweise schon nach der christlichen Moral, wenn gleich auch diese sich hie und da etwas aus der vorchristlichen zu entwickeln scheint, möglichst handgreiflich seyn, obgleich auch bey dem Gelde, wie die Erfahrung zeigt, in

der Regel die Intrigue, was so die Franzosen die menées sourdes nennen, das Meiste prästirt. — Wer kennt nicht das schlaue Spiel der Börse, des Abgrundes der Europäischen Staaten!

Fertigen wir also im Wesentlichen nur so ungefähr einen catalogus testium in der fraglichen Materie hier an. Wir müssen aber den geneigten Leser dringend ersuchen, daß er nicht etwa den von Hommel vorher zur Vergleichung boshaft nachlese, da wir mit diesem geistreichen und so sehr gewandten Manne, welcher leider nichts als die Deutsche Jurisprudenz und Acten zu bearbeiten hatte, auf keine Weise verglichen seyn wollen, wogegen es jedermann unbenommen bleibt, eine gewiß instructive Vergleichung unsers Catalogen mit denen des Homer und des Tasso vorzunehmen.

Natürlich soll auch unser catalogus testium nicht vollständig seyn; wir haben weder die Prätensionen eines Gelehrten, noch die sauren, nach den bestehenden Criminalordnungen oft gar nicht zu umgehenden, Pflichten eines Deutschen Instructionsrichters, bey etwa eingetretener gelehrter oder politischer kleinlicher Verwirrung ganze Bibliotheken oder Districte ad protocollum zu vernehmen *), wodurch das Resultat selten klarer wird; unser hypothekarischer Schiebkarren ist dazu viel zu klein; wir müssen ihn außerdem zugleich als Kärner schieben und als Hund ziehen. —

Die Concipienten der angeführten Gesetze, wenn sie sich meistens auch schon in Abrahams Schooße befinden

*) s. hierüber unseren Aufsatz in der allgemeinen juristischen Zeitung 1828. pag. 53 seqq. und die Södelschen und Casselschen Untersuchungsacten.

werden, müssen wir aber schon im voraus daran erinnern, daß ein Zeuge auf Griechisch Μάρτυρ heißt, und daß nicht alle Zeugen, namentlich die des Christenthums und der Wahrheit, beneidenswerthe Gebühren bekommen haben. —

§. 4.

Mit der Hannöverschen Gesetzgebung machen wir hier billig den Anfang. Denn schon Pindar giebt die kluge Regel, daß man seinen Werken etwas Glänzendes vorhängen soll, was denn auch die Gastwirthe zu befolgen pflegen; ein Anderer, ein Anonymus, aber schwerlich ein Dichter, daß man mit dem Schwersten anfangen muß. — Sodann ist ja auch unser hypothekarisches Evangelium, wie einst das wahre ursprünglich an die dankbaren Kinder Israels, an die theuern Hannöverschen Landsleute vor allen andern Deutschen Stämmen gerichtet, und namentlich dieses Heft über die Ingrossationsfähigkeit der hypothekarischen Obligationen, weil sie gerade in dieser Hinsicht sich noch in einer höchst gefährlichen Krisis befinden, welche die andern Deutschen Stämme entweder durch den Tod oder durch Genesung in pto hypothecae meistens schon überwunden haben. Denn nach der Königl. Hannöverschen Verordnung vom 13. Juni 1828 *) regiert in dem größern

*) Geneigter Leser! Die citirte Hypothekenverordnung mußt Du Dir durchaus kaufen in irgend einem Buchladen, wenn Du sie noch nicht haben solltest, wie ich jedoch hoffe; sonst kannst Du das Nachstehende nicht hinlänglich verstehen. Sie enthält nur zwei Blätter, und kann also nicht über 6 kr. kosten, die Du, um mit dem Engländer zu reden, hoffentlich noch immer werth bist, ungeachtet der üblen Zeiten. Dürfte ich Dir mehr zumuthen, so würde ich Dir rathen, das erste Heft dieses Werks, welches 1 fl. kosten wird, Dir käuflich

Theile des Königreichs Hannover erst seit dem 1. Octbr. 1828 das Gesetz der Inscription die Priorität der conventionellen hypothekarischen Obligationen im Concurse, pro futuro; und es ist also schon aus diesem Grunde von einiger Erheblichkeit, zu wissen, wie eine seit der Zeit errichtete oder noch zu errichtende hypothekarische Obligation besiedert seyn muß, wenn sie so hoch fliegen will, um den hypothekarischen Taubenschlag sicher erreichen zu können. — Solche Beobachtungen, wenn sie erschöpfend seyn sollen, erfordern aber eine lange Erfahrung, selbst wo das Recht möglichst klar und fest ist. —

Dieß ist aber das Wenigste! die Vergangenheit ist die Hauptsache!

Es sollen nun nach jener Verordnung die vor dem 1. October 1828 errichteten hypothecae quasi publicae, zu welchen die gesammten notariales mitgezählt sind, bis den 1. October 1833 ihre sogenannte gesammte bisherige Wirksamkeit freilich noch behalten; dann sollen sie aber zu bloßen Privathypotheken herabsinken, und es wird sich also fragen, ob sie dieß traurige Schicksal nicht durch den Versuch einer Ingrossation

anzuschaffen, wo Du die Verordnung und noch viele andere Dinge abgedruckt findest, welche Du nicht erwartest. — Du mußt aber alsdann nur gütigst bedenken, daß jenes Heft im Winter 1829 geschrieben ist, und schon im Frühlinge 1830 die vier Wände der Welt beschrieen hat. — Alsdann kannst Du urtheilen, ob meine Andeutungen so ganz nicht in Erfüllung gegangen sind. — Doch meine Prätensionen gehen nicht so weit!

Die fragliche Verordnung ist außerdem in der schätzbaren Zeitschrift des Herrn Advocaten Gans in Celle für die Civil- und Criminal-Rechtspflege rc. Heft 4. pag. 627 seqq. abgedruckt.

vorher vermeiden können. Solcher Hypotheken sind aber unendlich viele im Lande, und der 1. October 1833 rückt heran, und dieser wird die capitis diminutio unfehlbar mit sich führen, — wenn man nicht schon vorher sich gesichert hat. —

Auf diese Degradation reducirt sich freilich bis jetzt die Operation; den übrigen Hypotheken, welche keine Privathypotheken sind, also den judiciales, ist kein dies certus zur Ingrossation gesetzt, und auch den Privathypotheken ist nicht allein pro praeterito, sondern auch pro futuro ihre gesammte bisherige gemeinschädliche Wirksamkeit, welche man so leicht in einem Tropfen Tinte hätte ersäufen können, stillschweigend vorbehalten; allein stat sua cuique dies! — Keine menschliche Gewalt ist im Stande, wie wir vorher gesagt, die Ingrossation der alten hypothekarischen Obligationen und damit den Schluß des Hannöverschen Hypothekenbuches noch lange aufzuhalten, und die hohe Hannöversche Ständeversammlung hat im Frühlinge 1831 auf die Publicirung einer Hypothekenordnung angetragen, wodurch denn die unbestimmte Frist wahrscheinlich in eine bestimmte verwandelt werden wird. —

Jedem Gläubiger, welcher Hypotheken hat, die noch nicht ingrossirt sind, ist also dringend zu rathen, in Zeiten zu prüfen, von welcher Qualität, namentlich ob sie ingrossationsfähig sind, damit, wenn die Reise in das Hypothekenbuch angetreten werden soll, sie reisefertig sind, und hinsichtlich der andern möge er auch in Zeiten disponiren; jeder Schuldner möge aber auch in Zeiten prüfen, ob er lieber zahlen, oder ins Hypothekenbuch wandern will. —

Wir bemerken nun noch zuvörderst zum Ueberflusse, und damit der geneigte Leser niemals einen der Hauptstandpunkte vergessen möge, aus welchem wir das Deutsche

Credit- und Hypothekenwesen zu behandeln gedenken, daß die Hannöversche Gesetzgebung, wie fast alle andern, in dieser Materie ganz auf den Grundlagen des gemeinen Rechts fortbauet, und allen Vorzug der Forderungen im Concurse, abgesehen von einigen unbedeutenden allgemeinen Privilegien, von den privilegirten und stillschweigenden Hypotheken und dem in Praxi jetzt fast ganz unerheblichen privilegio exigendi, an die formula hypothecaria anknüpft. Diese fand einst wol ihren juristischen, aber noch nicht ihren politischen Commentator. Dadurch ist denn in nationalökonomischer Hinsicht der Sache im Wesentlichen schon dahin präjudicirt, daß nur das Gewerbe des verzinslichen Darlehens auf eine solche Weise privilegirt seyn soll, daß alle übrigen Gewerbe im Conflicte zurückstehen müssen *). —

*) Wir bitten in dieser Hinsicht das erste Heft dieses Werks in der Vorrede pag. XXV seqq. gütigst nachzusehen.

Ein alter vielerfahrener Würtembergscher Geschäftsmann, welcher seinen Möser gut gelesen hatte, und auf unserer letzten hypothekarischen Reise uns ein so großes Zutrauen und so große Gefälligkeiten erzeigte, stimmte mit den dort entwickelten Ansichten ganz überein. Er war der Ansicht, daß bey den jetzigen Crediteinrichtungen der Deutschen Staaten nicht gar lange Zeit mehr hingehen werde, bis der Grund und Boden den Capitalisten ganz dienstbar werden, und das Landvolk in eine viel schlimmere Hörigkeit fallen würde, als diejenige sey, aus welcher man es jetzt erlösen wolle. — Der Grund und Boden werde nimmermehr im Stande seyn, auf die Dauer, nebst den übrigen ungeheuern Lasten, die Masse der Zinsen zu bezahlen, die allenthalben wie eine Lawine vorwärts schreite.

Man vergleiche die Geschichte Roms, in welcher das verzinsliche Darlehn eine so tragische Rolle spielt, und bedenke dabey, daß das Alterthum die gräßliche Erfindung der Fundi-

Dabey hat das Hannöversche Recht aber noch alle möglichen Varianten und Spielarten der clausula hypothecaria, welche aus der Mischung des Römischen und des Deutschen Rechts hervorgegangen sind. Ihr Verhältniß unter einander ist oft sehr schwer auszumitteln, und ihr gegenseitiges Eingreifen in die Geschäfte, den Credit und die Gewerbe giebt oft eine solche Harmonie, als das Tasten der Kinder auf dem Claviere.

Nur eine von diesen Varianten ist ingrossationsfähig, und gerade nur diejenige, welche in der Regel nur der Capitalist, mit dem Zauber des Geldbeutels in der Hand, abreichen kann. Von dieser ist nach dem Obigen hier allein die Rede.

Die Lage der neueren Hannöverschen Legislation hinsichtlich jener Variante haben wir schon in dem ersten Hefte dieses Werks pag. 57. dahin angedeutet:

„Sie knüpft die Fähigkeit zur Ingrossation, dieses so äußerst wichtige Moment der ganzen Sache, an den bis-

rung der öffentlichen Schuld noch nicht gemacht hatte, sondern sich besser zu helfen verstand, und daß die größeren Europäischen Staaten vielleicht $^1/_6$ ihrer Gesammtrente dem öffentlichen Gläubiger bereits verschrieben haben, alsdann wird man, das Uebrige eingerechnet, das Schicksal des neueren Europa schon überschlagen können. Glückliche Orientalen! Nur Swift, in seiner sarkastischen Tiefe vielleicht der größte Politiker und Satyriker der neueren Zeit, sagte die Folgen jener schönen Erfindung voraus. — Allein solche Operationen sind nun einmal nicht zu hemmen, bis sie, wie die Gicht, ausgewüthet haben, und wir werden wenigstens nicht unsere Zeit damit verlieren, dem verzinslichen kündbaren Darlehen, dessen ungehemmten Stoß das Grundeigenthum auf die Dauer niemals aushalten kann, einen Damm entgegensetzen zu wollen; wir fordern nur Gleichheit der übrigen Gewerbe.

herigen so ganz eigenthümlichen Hannöverschen Begriff einer öffentlichen Hypothek, welcher wol durch keine gerade oder krumme Linie irgend einer Art zu definiren ist."

Die Königlich Hannöversche Verordnung vom 13. Juni 1828, welche den Grundstein des künftigen Hannöverschen Hypothekenwesens abgeben sollte, bestimmt im §. 4.:

„Bevor der Richter irgend eine Hypothek einträgt, muß er sich überzeugt haben, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu deren Gültigkeit vorhanden sind. Insbesondere muß die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen seyn, entweder durch des Schuldners persönliche Erklärung, oder durch glaubhafte öffentliche Urkunden.

Der Zeitpunkt der wirklich erfolgten Eintragung bestimmt sodann den Anfang und das Alter der öffentlichen Hypothek."

Diese Bestimmungen lagen nicht in dem der Ständeversammlung vorgelegten Entwurfe der betreffenden Verordnung, sondern sie sind auf ein Amendement der löblichen Ständeversammlung, unter Abänderung eines unbedeutenden Ausdruckes, in die Verordnung aufgenommen *).

Wer der Proponent dieses Amendements war, nach welchen Debatten in beiden Kammern solches concludirt wurde, welchen eigentlichen Sinn man hineinlegte, alles dieß ist dem Publico und, wir versichern, auch uns, dem wenig Wißbegierigen, ein tiefes Geheimniß, da die Publicität der Hannöverschen ständischen Verhandlungen im Jahre 1828 factisch bekanntlich nur darin bestand, daß die Propositionen der höchsten Landesbehörde und die Gesammter-

*) s. das erste Heft dieses Werks pag. 177 seqq.

wiederung beider Kammern auf dieselben, ohne alle Discussionen, als eine Art officiellen Briefwechsels, gedruckt wurden, von welcher Art der Publicität die Anlagen in unserm ersten Hefte dem geneigten Leser einen sehr anschaulichen Begriff geben können. — Erst der Weisheit und Energie Wilhelms IV., welchen die Vorsehung bestimmt und ausgerüstet zu haben scheint, einer der größten Reformatoren und Wohlthäter des menschlichen Geschlechts zu werden, falls durch die lange Säumniß der früheren Geschlechter es zu aller effectvollen Reform nicht zu spät geworden seyn sollte, war es vorbehalten, auch jenen Uebelstand einer zu beschränkten Publicität der ständischen Verhandlungen auf den Wunsch seiner getreuen Hannöverschen Unterthanen sofort schon im Frühlinge 1831 im Wesentlichen zu beseitigen, und das in jenem Jahre noch Fehlende wird die Vorsehung uns auch noch durch seine Gnade alsbald gewähren lassen *). —

Der Verfasser befindet sich also auch in der Unmöglichkeit, durch die Verhandlungen selbst irgend einen Lichtstrahl auf die obige Bestimmung fallen zu lassen, und die nachstehende Erörterung wird es ergeben, wie wünschenswerth ein solcher Lichtstrahl gewesen seyn würde. — Die Verordnung mit den fraglichen Anlagen des ersten Heftes und in Verbindung mit dem gemeinen und dem Landesrechte muß sich selbst erklären.

Sie ist das referens, diese das relatum. Die Motive der Gesetze verhalten sich aber zu diesen, wie die Mutter zum Weine! — Man fand den Begriff der öffentlichen Hypothek als ein jus eminens in hypothecis in dem Landesrechte vor, und, wahrscheinlich nach dem

*) Geschrieben im Herbst 1831.

Principe der organischen Entwickelung der historischen Schule, baute man auf den Grund und Boden jenes Begriffs das Gesetz der Inscription.

Wie weit auf jenen Begriff pro praeterito et futuro hiebey gebaut ist, werden wir unten speciell noch untersuchen.

Der Begriff der öffentlichen Hypothek soll mit in die causae cognitio fallen, welche der Richter ex officio vor der Ingrossation einer hypothekarischen Forderung anzustellen hat, und zwar soll auf diesen Punkt insbesondere die Aufmerksamkeit des Richters gerichtet seyn. —

Durch die vorgeschriebene causae cognitio ist denn wieder einer von den Hauptwegen eingeschlagen, zwischen welchen der Gesetzgeber bey der Ingrossation der hypothekarischen Schuldinstrumente die Wahl hat. — Er prüfe auch seiner Seits in dieser Hinsicht lange: — „Die Wahl ist kurz, die Reu' ist lang!"

Die causae cognitio soll auf zwei Punkte gerichtet werden:

1) „Daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu der Gültigkeit der Hypothek vorhanden sind. Davon soll der Richter sich überzeugt haben!" Ueber dieses Glied der causae cognitio, über die Fragen: Ob? Was? Ob nicht auf der einen Seite zu viel, auf der andern zu wenig? Ob das Rechte? Von einem juristischen Pole zum andern? Also gar nichts vom Factischen? Wie die anderen Gesetzgeber? haben wir eine besondere Ausführung geschrieben, und wir haben schon in §. 1. bemerkt, daß dieser Punkt nicht hieher gehöre. —

2) Soll die causae cognitio insbesondere darauf gerichtet seyn, ob die Absicht des Schuldners erwiesen sey, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen.

Dieß soll also gleichsam der eminente Punkt seyn, auf welchen die causae cognitio vor allen andern zu richten ist; der Richter soll sich davon nicht bloß überzeugt haben, was bey den gebrechlichen Sterblichen bekanntlich eine sehr relative Sache ist, sondern dieser Punkt soll dem Richter erwiesen vorliegen. Hier wird also alle subjective Ansicht, wie bey der übrigen causae cognitio, ausgeschlossen; die Absicht muß juristisch erwiesen seyn. — Dieser juristische Beweis scheint sogar nur auf zwei Beweismittel beschränkt zu seyn. — Es scheint also fast nach den gewählten Ausdrücken, als wenn der Hypothekenbewahrer bey 1) als Jury, bey 2) dagegen als ein gelehrter, an bestimmten formellen Beweis gebundener, Richter fungiren soll, da man doch sonst, wenn gleich ziemlich irrthümlich, annimmt, daß das punctum juris vor den Richter, der Beweis des Factischen dagegen vor die Jury gehöre. Auch ist doch wol der Begriff der öffentlichen Hypothek so ein kleiner juristischer Begriff, der mit in das punctum juris gehört. . . . Mais, de grâce! Mittamus hoc!

Auf diesen Punkt 2) contestiren wir hier also allein litem, und zwar gegen die Bestimmungen der sämmtlichen Sächsischen Proceßordnungen, zugleich negando et ignorando, cumulative.

Auf welche Weise nun der Hannöversche Bürger, Bauer, auch Edelmann sich davon selbst zuvörderst vergewissern und demnächst dem Richter erweisen könne, „daß er die Absicht habe, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen," und ob nicht überhaupt die Absicht des Menschen im Hypothekenwesen, so viel als thunlich, demjenigen billig überlassen bleiben könne und müsse, der die Herzen und Nieren prüft, dieß stellen wir zuvörderst ganz

in den Hintergrund. Wir suchen vielmehr poetisch die angenehme Situation aus, daß an uns, — dem durch besondere gnädige Schickung der Götter vergönnt wurde, unter vielen anderen ruhmvollen Trophäen auch den juristischen Doctorhut, welcher bescheiden nur zwei Hörner, ein heidnisches und ein christliches, wahrscheinlich aus Liebe zur Zoologie, führt, et non sine pulvere zu erringen, — vom Hypothekenbewahrer die verfängliche Frage und Aufforderung gerichtet würde: Was ist eine öffentliche Hypothek im Sinne des Hannöverschen Rechts? Stelle Du für mich, wie billig, diese kleine causae cognitio zuvörderst im Allgemeinen an, damit ich in jedem vorliegenden Falle bequem in Deine Pantoffeln, wie der Erbe in die des Erblassers, treten könne! Dieß wird ja gewiß für Dich nur eine kleine Mühe seyn, da Du nicht allein ein Doctor der Rechte, ein Schrift-Gelehrter und -Steller bist, sondern zu Deiner ganz sichtbaren geistigen und physischen Abrundung noch so viele Jahre an den reichen Brüsten der alma mater gesogen hast, daß fast kein ähnliches Beyspiel in der Ethnographie zu finden ist! — Τί ἐστιν ἀλήϑεια *); —

Unfähig unsere Gefühle mit eigenen Worten auszudrücken, müssen wir zu den Seufzern des unglücklichen Parasiten Ergasilus unsere Zuflucht nehmen, wenn dieser, gegen die Zeit des Diners, voll Heißhunger die Straßen von Athen durchzieht **):

*) Joh. 18, 38.

**) Plautus Capteivei Act. 3. Sc. 1. Ausgabe von Lambin pag. 183. Wir sehen mit Vergnügen, daß die neuere rechtshistorische Schule, wie freilich auch schon die alte that, den Plautus fleißig citirt; wir zweifeln auch nicht daran, daß sie ihn fleißig liest, und auch genau unterscheidet, was vom Pflaster zu Rom und was von dem zu Athen entlehnt ist. —

Miser homo est, qui ipse sibi quod edit, quaerit, et id aegre invenit;
Sed ille est miserior, qui et aegre quaerit et nihil invenit;
Ille miserrimus est, qui cum esse cupit, quod edit, non habet.
Nam hercle ego huic diei, si liceat, oculos effodiam libens,
Ita malignitate oneravit omneis mortales mihi;
Neque jejuniosiorem, neque magis effertum fame
Vidi, nec cui minus procedat, quidquid facere occeperit;
Itaque venter gutturque resident esuriales ferias! *)

Wir wissen nicht, was eine Hannöversche öffentliche Hypothek ist; wir haben ernstlich, aber vergebens gestrebt, es zu lernen, und wissen es dennoch nicht; wir verzweifeln, es jemals zu wissen!

Alles, was wir also über die Hannöversche öffentliche Hypothek hier niederschreiben, soll keinesweges die versteckte Anmaßung enthalten, als wenn wir dem geneigten Leser dasjenige dociren wollten, was wir selbst nicht wissen; nein, wir wollen hiemit ein offenes, durchaus nicht qualificirtes Eingeständniß unserer juristischen Unwissenheit ablegen, und de-

Bey einem Französischen Juristen, welcher auch fleißig den Plautus citirt, aber ihn wahrscheinlich nur aus den Nachahmungen von Moliere kennt, finden wir in unserem Exemplare von fremder Hand folgenden, außerdem gestohlenen, Pentameter geschrieben:

Wäre von Plautus Geist doch nur ein Fünkchen darin!

Der Mensch scheint unsinnige Prätensionen an uns Rechtshistoriker zu machen. —

*) Auf Deutsch: Hungerpfoten saugen.

müthig selbst bey dem Publico zur Beichte, Buße und hoffentlich auch zur Besserung geben. —

Damit aber der Leser nicht fürchte, daß wir ihn in das Unbestimmte führen wollen; so versprechen wir ihm, daß wir nur zwei Hauptpunkte untersuchen wollen:

1) Den Begriff der öffentlichen Hypothek nach dem Hannöverschen Landesrechte vor der Publicirung der oben citirten Verordnung, gleichsam das jus antiquum, nicht, wie es bey der lex Julia et Papia heißt, in caducis, sondern in hypothecis;

2) Die Frage, wie stellte sich die neue Hannöversche Legislation von 1828, als sie den Grundstein zu dem neuen Creditsysteme des Landes, und gewiß nicht bloß versuchsweise, durch das damals eingeführte Gesetz der Ingrossation oder Inscription, legen wollte, zu jenem Begriffe, welcher durch seine große praktische Wichtigkeit gewiß ein Viertheil der ganzen zu regulirenden Creditmaterie umfaßte? Wie stellte sie sich zu jenem Begriffe pro praeterito, wie stellte sie sich zu ihm pro futuro? Centnerschwere Fragen, welche fast bey einer jeden Obligation, während deren ganzen Lebensdauer, von dem Augenblicke der Constitution bis zur Location im Concurse, gleichsam vom Empfängnisse bis zum Tode, vorkommen, und einen großen Theil des pecuniären Privatinteresse des Landes umfassen.

Möge also auch der geneigte Leser, wenn wir leider gezwungen sind, wie man auf unserm Dorfe sagte: „durch Dick und durch Dünne, durch Busch und Bracken" ihn zu führen, jene beiden Fragen beständig vor Augen haben, nicht die unerhörten Mühseligkeiten und Langweiligkeiten dieser Bußwallfahrt, sondern die Absolution seines Geldbeutels bedenkend. Von unseren eigenen Mühen reden wir

natürlich gar nicht, da wir in der Hoffnung, dem Leser zu nützen, sie gar nicht fühlen, so wenig als wir, aus höheren Rücksichten, die nur zu nahe liegende Gefahr fürchten, für den größten juristischen Pedanten gehalten zu werden, in dieser Zeit außerdem eine leichte Beschwerde!

Zur Erleichterung für den geneigten Leser bemerken wir noch, daß wir hinsichtlich der zweiten oben gestellten Frage auf folgende zwei Punkte als vorzügliche Theile der Untersuchung die Aufmerksamkeit speciell noch zu richten bitten:

a) Genügt eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts zur Eintragung in das Hypothekenbuch schon für sich allein, oder muß noch, um es kurz zu sagen, und die Katastrophe gleich in die Exposition zu bringen, die clausula intabulandi hinzukommen?

b) Genügt die clausula intabulandi in den hypothekarischen Schuldinstrumenten für sich allein zur Eintragung in das Hypothekenbuch, oder muß in denselben daneben noch eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts vorhanden seyn?

Bey beiden Fragen würde vielleicht wieder unterschieden werden können, ob die hypothekarischen Schuldverschreibungen vor oder nach dem 1. October 1828, seit welcher Zeit das Gesetz der Inscription in Wirksamkeit trat, aufgenommen sind. Wenigstens bitten wir auch auf diesen Punkt der Sicherheit wegen die Aufmerksamkeit zu richten.

Kurz, was für eine Qualität fordert die fragliche Verordnung von einer Hypothek, welche sich ingrossiren lassen will?

In dem ersten Hefte dieses Werks (S. 66.) haben wir unser hypothekarisches Teleskop in obiger Hinsicht dahin gestellt: „Die clausula intabulandi quillt schon hervor,

und wie wird sie sich zu dem Hannöverschen Begriffe der öffentlichen Hypothek zu stellen suchen? Beide werden wahrscheinlich in einen unseligen Conflict gerathen."

Das Ende der Ausführung wird hoffentlich von selbst auch diese Prävision nicht als eine Wahrheit, sondern als eine Lügenprophezeihung charakterisiren, da wir schon daran gewöhnt sind, daß alles, wovon die jetzige Zeit behauptet, daß es eine Wahrheit werden solle, sich alsbald als Lüge darstellt.

Aus der Beantwortung der obigen Fragen wird dann von selbst sich ergeben, zu welchem der oben exponirten Systeme die Hannöversche Gesetzgebung sich bekennt.

Natürlich behalten wir uns jede Art von Excursion ausdrücklich vor!

§. 5.

Sind wir kurz und fangen also von Adam und Eva, wahrscheinlich dem Ovo des Horaz, an, so finden wir zwei Arten von öffentlichen Hypotheken in Deutschland, eine im Sinne des Römischen, die andere im Sinne des Deutschen Rechts. Wie groß muß also die Publicität unserer Hypotheken seyn, wenn zwei so großartige Völker als die Römer und die alten Teutonen, namentlich die des Herrn von Wackerbarth, welchen beiden in den guten Tagen die Publicität ein Theil der Lebensatmosphäre war, ihre Kräfte vereinigten, um den Hypotheken Oeffentlichkeit zu geben, eine wahre Doppelsonne, so daß wir, wie der Apostel Paulus, nur zu großen Glanz, keinesweges aber Finsterniß fürchten müssen. —

Was eine öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen Rechts sey, dieß ergiebt die l. 11. C. Qui pot. in

pign. etc. *) und jedes Institutionencompendium so genau, daß wir es hier, natürlich nur zu eigenem Gebrauche, wiederholen müssen.

Eine öffentliche Hypothek ist eine solche, welche aus öffentlich verfaßten (quae instrumentis publice confectis nititur), oder von drei männlichen, untadelhaften Zeugen unterschriebenen Urkunden hervorgeht, letztere wird auch eine quasi publica genannt, hat jedoch mit der publica gleiche Kraft. —

Die Ausdrücke pignus oder hypotheca publica, quasi publica et privata sind nicht Römisch, sondern nach der Verschiedenheit der Beweismittel durch die Doctrin formirt.

Ob das Instrument ursprünglich von einer öffentlichen Person aufgenommen, und mithin vor ihr die

*) Imp. Leo A. Erythrio P. P. Scripturas, quae saepe assolent a quibusdam secrete fieri, intervenientibus amicis necne, transigendi, vel paciscendi, seu foenerandi, vel societatis coeundae gratia, seu de aliis quibuscunque causis, vel contractibus conficiuntur, quae ἰδιόχειρα Graece appellantur: sive tota series earum manu contrahentium, vel notarii, vel alterius cujuslibet scripta fuerit, ipsorum tamen habeant subscriptiones, sive testibus adhibitis, sive non: licet conditionales sint, quos vulgo Tabularios appellant, sive non, quasi publice conscriptas, si personalis actio exerceatur, suum robur habere decernimus. Sin autem jus pignoris vel hypothecae ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit: eum qui instrumentis publice confectis nititur, praeponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur: nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. Dat. Kal. Jul. Constantinop. Martiano et Zenone Conss. 469. Nach der Gebauerschen Ausgabe.

Hypothek bestellt seyn müsse, oder ob es genüge, wenn dasselbe durch Agnition, Anmeldung, Ingrossation oder Confirmation den Charakter eines öffentlichen Instruments gewinne, darüber ist großer Streit unter den Gelehrten, und eben so, mutatis mutandis, bey der quasi publica.

Von welcher öffentlichen Behörde das instrumentum publicum aufgenommen oder ingrossirt seyn solle, in welcher Form, darüber äußert sich die Stelle auch nicht; nur die, für so Viele leider unpraktische, Rechtsgeschichte ergiebt, daß die Römische Municipalbehörde und das Römische Notariatsinstitut dabey gemeint sind.

Wir nahmen jene Gesetzstelle in Deutschland als einen Theil unsers künftigen praktischen Rechts mit auf, ohne das Römische Municipal- und Tabellionen-Wesen, welches wir in unsern Städteordnungen und in dem Notariatswesen nur entfernt und selbstständig nachbildeten. —

Es kann also auch bey uns, wenn wir jene Gesetzstelle anwenden wollen, ohne Rücksicht auf die instrumentirende oder ingrossirende Behörde, nur darauf ankommen, ob die Hypothek durch ein öffentliches oder so genanntes gleichsam öffentliches Instrument bewiesen werden kann, um der darin enthaltenen Hypothek den Vorzug vor allen andern zu geben, welche nicht auf einem solchen Instrumente beruhen, und deshalb Privathypotheken genannt werden. —

Welche Motive der fraglichen Constitution zu Grunde liegen, darüber ist in der Welt viel geschrieben, und natürlich nichts ausgemacht, da der hohe Legislator, dieß Mal ein angeblicher Löwe, welchem wir sie verdanken, sein Inneres darüber nicht offenbart hat. Viele, namentlich unter den Deutschen Gelehrten, glauben, daß sie aus dem Grunde entstanden sey, weil eine Privatscriptur nur gegen

den Aussteller, nicht aber gegen einen Dritten beweise; Andere, und namentlich die Franzosen, zu denen wir uns immer, in der Jurisprudenz, als guter Patriot halten, wenn es unser Interesse und, noch besser, unsere Parthei erfordert, glauben dagegen, daß sie aus Furcht vor dem Antidatiren entstanden seyn, um ein sicheres Datum, einen öffentlichen Geburtsschein, zu haben, von dessen Alter ja die Priorität, mithin oft die Möglichkeit der Realisirung der Forderung abhing, da sonst dem Betruge Thür und Thor geöffnet waren. Vor jener Constitution mag er oft bequem hindurchspaziert seyn, wie sie auch etwas leise andeutet.

Vielleicht hat der weise Gesetzgeber, dem man ja immer das Beste zutrauen muß, zwei Fliegen mit einer Klappe schlagen wollen; will man uns aber drängen, Parthei zu nehmen, was wir immer, selbst nach dem Solonischen Gesetze, sehr ungern thun, so glauben wir, daß er sein Hauptaugenmerk auf die große Fliege, die Horniß mit dem tödtlichen Stachel, gerichtet gehabt habe, die date incertaine, da die kleine Fliege durch den Proceß, den Gegenbeweis und allenfalls durch drei aufgerichtete Finger, Manchem eine Kleinigkeit, ihre Erledigung findet. —

Es wurde durch diese Constitution, ungeachtet ihrer schlechten Fassung, ein wahrhaft Großes erreicht, die Privathypotheken mit ihrer Betrügerei im Wesentlichen verdrängt, und wenigstens virtualiter ein wahres privilegium pignoris durch öffentliche Instrumente begründet; nur an dem Quasi, wenn gleich Gajus es wieder zu Ehren gebracht hat, sollten noch späte Geschlechter einen schweren Knebel zu verdauen haben, und viel über Bauchgrimmen klagen.

Wie im Uebrigen die Publicität erreicht wurde, das sieht der geneigte Leser am besten, da zur Zeit der Publi-

cirung jener Constitution alle Oeffentlichkeit aus den Römischen Geschäften längst verschwunden war, oder, im Germanischen Sinne, bey vielen niemals existirt hatte.

Es war freilich, wie schon bemerkt, in Constantinopel und in allen Municipal- und Provinzial-Städten in den späteren Zeiten, außer der Municipalbehörde, dem Magister census, den magistratus municipales und defensores plebis, noch ein besonderes Institut zur Aufnahme und Ingrossation von öffentlichen Urkunden vorhanden, welches auch das jus actorum et fidei publicae hatte, und wo auch ein Ingrossationsbuch gehalten wurde, aus welchem Institute später das neuere Notariatswesen erwuchs *). Allein schwerlich wird sich nachweisen lassen, obgleich es unten noch behauptet werden wird, daß die Aufnahme und Ingrossation der Urkunden an ein bestimmtes forum, domicilii oder rei sitae, gebunden gewesen sey, im Gegentheil dieß liegt nicht im Geiste des Römischen Wesens, und die Constitution ging ja außerdem allein, ohne ihre vorausgesetzten Nebeninstitute, wie so vieles Andere, auf die neuere Welt über, so daß das Instrument von jedem kleinen Siegelbewahrer in dem heiligen Römischen Reiche aufgenommen werden konnte, ohne an forum domicilii oder rei sitae gebunden zu seyn.

*) s. des Herrn O. A. Raths Spangenberg Tabulae negotiorum solemnium juris Romani pag. 44 seqq.

Spangenberg: die Lehre von dem Urkundenbeweise ꝛc. Erste Abtheil. Cap. IV. Abschn. III.

Conradi Parerg. lib. IV. №. 1 — 8. pag. 439 seqq.

Hofacker Dissertatio de praerogativa pignorum publicorum. Tub. 1780. §. 4. in Opusc. jurid. P. prior pag. 237 seqq.

Und der älteste und beste dieß Mal zuletzt, Cujac. in Exposit. Nov. 44. 49 et 73.

Auch kannte das Römische Recht bey der Hypothek niemals eine causae cognitio und ein gerichtliches Decret, sondern selbst die l. 11. C. cit. nur eine Registrirung in forma probante, was wieder eine unendlich folgenreiche Verschiedenheit vom Deutschen Pfande ausmacht.

Ferner liegt diese Constitution so roh vor uns, wie sie aus dem Kopfe des Concipienten hervorging; keine wissenschaftliche Bearbeitung, keine praktische Entwickelung; keine Präjudizien; ein verdienter Lohn der späteren Römischen, wie fast aller Deutschen Constitutionen, wenn sie keinen Carpzov fanden. — Nur sollte leider die Nachwelt diesen legislativen Brocken hinunter schlucken!

§. 6.

Wenden wir uns zur Publicität im Sinne des Deutschen Rechts!

Im alten Deutschen Rechte giebt es bekanntlich kein Institut, welches der Römischen Hypothek entspricht; wir gewannen, unendlich Besseres aufgebend, jenes unschätzbare Kleinod, das so süße Frucht tragen sollte, durch die Doctores juris und durch die Aufmerksamkeit und den hohen nationellen Sinn der Deutschen Reichslegislatur und der Reichsgerichte, welche immer für Haupt und Glieder das Beste zu rathen, und das Reich, wenn gleich nicht stets an Land und Leuten, doch gewiß an haltbaren Instituten zu mehren verstanden. — Wohl aber kannten unsere juristisch barbarischen Vorfahren ein Eigenthum an Grund und Boden, und zwar ein ganz freies, durch keine Grundsteuer und Nationalschuld entwerthetes. Auch war ihnen nicht unbekannt, daß man solches ganz an Andere übertragen, oder auch eigenthümliche dingliche Rechte daran einem Anderen

für empfangen Geld constituiren könne. Dieß geschah in der Form der Auflassung, d. h. im ächten Ding, ursprünglich vor den gesammten schöffenbar freien Leuten eines Gaues, vor der kleinen Volksgemeinde, inter omnes cives Germanos, unter nothwendiger persönlicher Gegenwart der Contrahenten, und selbstthätiger Mitwirkung des Gerichts, symbolisch oder certis ac solemnibus verbis und zwar nur in foro rei sitae der aufzulassenden Sache und schon früh mit Buchführung. Diese Form wurde hie und da später, als man mit dem Römischen Pfandrechte an unbeweglichen Sachen bekannt wurde, auf dieses mit gutem Geschäftstacte im Wesentlichen angewandt, und die Deutschen Statuten sind davon voll. — Aus der Auflassung erwuchs die Form der öffentlichen Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts. —

Hier war also eine ächte Oeffentlichkeit, welche hinsichtlich der Uebertragung des Grundeigenthums und ähnlicher dinglicher Rechte ursprünglich alles gewährte, und wenn sie gleich damals, als die Form der Auflassung auf das Römische Pfandrecht angewandt wurde, schon anfing, sich in die vier Pfähle einzuschließen, oder sich schon eingeschlossen hatte; so blieb doch das Wesentliche, da zu jener Zeit die Thüren der Gerichtsstuben entweder noch nicht verschlossen waren, oder, wenn sie es auch waren, doch jedermann Zutritt zu dem Gerichtspersonale und den, wenn gleich sehr mangelhaften, Gerichtsbüchern bekommen, und sich über die geschehenen Auflassungen belehren lassen konnte. Das Wesentliche war immer, außer der causae cognitio, die durchaus nothwendige constitutio in judicio ipso, wie wir wenigstens annehmen, da scheinbar abweichende Fälle wol nur die causa praecedens betreffen. Damit wurde die Registrirung, ursprüng-

lich jedoch wol nur der Erinnerung und des Beweises wegen, verbunden. Personen, Sache, Form waren außer Zweifel *).

*) s. Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte §. 358. 361 a u. b. 450. 564.

Desselben Einleitung in das Deutsche Privatrecht §. 186.

Mittermaier Grundsätze des Deutschen Privatr. §. 180. 181.

Albrecht die Gewere rc. §. 8. 16.

Ansichten über wesentliche Lehren des Pfandrechts. Rostock und Schwerin 1829. pag. 17—20.

Die Hamburgischen Stadt-, Erbe- und Rentebücher von Gries, herausgegeben vom Dr. Westphalen. Hamburg 1830.

Lübsches Recht lib. III. Tit. IV. §. 1. mit seinen Verzweigungen.

Hamburger Statuten P. II. Tit. 4. Art. 4 u. 5.

Cellesches Stadtrecht. Tit. 9. §. 6.

Selbst noch in der Untergerichtsordnung der Stadt Braunschweig vom 2. Februar 1764 folgt auf das Cap. 13. Von Unterpfänden unmittelbar das Cap. 14. Von Auflassung unbeweglicher Güter.

Auch in dieser, so wie in vielen andern Rücksichten ist die Solmser Gerichtsordnung und Landrecht von 1571, bekanntlich von Fichard abgefaßt, besonders merkwürdig, vorzüglich die Gerichtsordnung. Daraus ersieht man, 1) daß damals das alte Schöffengericht noch ganz aufrecht stand; 2) daß zwei Gerichtsbücher von Alters her gehalten wurden, eins über die eigentliche gerichtliche contentiöse Procedur, welche auch damals noch ganz öffentlich war, wie es heißt: vor allem Umstand, ein fortlaufendes Protocoll; ein anderes, das Contracten- und Schöpfenbuch über die freiwillige Gerichtsbarkeit, welche vor Schultheiß und Schöffen allein, bey verschlossenen Thüren, verhandelt wurde. Tit. 1—7. Jener Unterschied hinsichtlich der Oeffentlichkeit war aber keinesswegs ursprünglich, s. Wigand Geschichte von Corvey, 3s Buch. pag. 129.

Von diesen Einrichtungen sind die jetzigen Dorfgerichte des

Uns dünkt, das Deutsche Recht bewies sich gastfrei, als es den zweideutigen Fremdling aufnahm, und den Nackten in ein besseres Gewand einkleidete als er mitbrachte. — Dieser bewies sich aber meistens als eine erwärmte Schlange. — Die Auflassung wurde hinsichtlich des Eigenthums untergraben, sie wurde hie und da ganz vernichtet, die ganze Form sollte wegfallen, und die formlose und geheime Tradition des Römischen Rechts, für uns ein unbestimmter Schatten, welcher gar kein festes und sicheres Kennzeichen hat, an ihre Stelle treten. Bey dem Pfande sollte die Form gleichfalls wegfallen, das pactum hypothecae dafür eintreten, und statt der Deutschen die Römische Publicität aus l. 11. C. cit., wie wir solche ohne alle Nebeninstitute empfingen, d. h. statt des Sonnenscheins die Finsterniß, die Welt erleuchten.

Eine wirklich organische Verschmelzung gelang nur selten; der Creditor nach Deutschem Rechte ging zuweilen voran; der nach Römischem Rechte folgte, wie der hinkende Bote, nach; oft siegte dieser ganz oder zum Theil ob *).

südlichen Deutschlands, und die Contractenbücher auch im nördlichen Deutschland nur schwache Ueberbleibsel.

*) s. Bolley die Lehre von den öffentlichen Unterpfändern. Tübingen 1802. §. 12 seqq.; eine viel versprechende Jugendarbeit von dem ausgezeichneten Geschäftsmanne, welcher 20 Jahre später so thätig bey den neuen Wirtenbergschen Creditgesetzen war.

Als Resultat der Untersuchung für den Begriff des Deutschen öffentlichen Pfandes wird die Definition dahin gestellt: „Deutsche Pfänder sind solche, welche unter gerichtlicher Auctorität bestellt, oder doch in das Hypothekenbuch eingetragen sind." Wir treten bey, da das forum rei sitae sich von selbst in beiden Fällen versteht, so wie eintretenden Falls die Vereinigung beider Glieder. Das erste Glied gehört

Allein selten wird das Gute ganz verdrängt; es bleiben Bruchstücke, gleichsam Andenken, wie einzelne Glasmalereien in den alten Deutschen Domen; den Völkern stecken ihre nationellen Urinstitute im Blute; dieß ist ja meistens der einfache Schlüssel der jetzigen Zeit. Es wurde eine Art öffentlicher Hypothek mit dem Grundzuge der Auflassung geschaffen, daß sie coram judice competente in foro rei sitae constituirt werden müsse, in der Regel auch unter Mitwirkung des Gerichts. Die Form, die einzige feste Grundlage der Sicherheit bey allen Geschäften, fiel dagegen ganz weg, und als Compensation wurde die causae cognitio und die confirmatio judicialis *) hie und da in einem solchen Maaße und mit einem solchen fetten Bissen gegeben, wie sie gewiß nicht in dem Wesen der Auflassung begründet waren. Beide sind freilich unzweifelhaft in gewissem Grade von jeher mit der Auflassung verbunden gewesen, und wol mit Recht, niemals dachte man aber an eine so ungeheure Ausdehnung, wie man sie später hie und da findet.

Die Buchführung blieb, mit Ausnahme der größeren Städte, fast allenthalben schlecht; entweder ganz kurze Annotationsbücher, oder verworrene Sammlung der Concepte der Contracte, wenn man sich so viel Mühe gab.

Wir rechnen also zum Begriffe der öffentlichen Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts, wo keine anders

mehr in das ältere und mittlere, das andere in das neuere Deutsche Recht. Wir würden aber lieber sagen: im Gerichte der belegenen Sache bestellt ꝛc.

*) Glück Commentar Th. 18. pag. 293 seqq. und die daselbst angeführten Schriftsteller, vorzüglich die bekannten Abhandlungen von Harprecht, Schweder, Henning Böhmer, Hellfeld und Hofacker.

normirende Privinzialstatuten vorliegen, als ein nothwendiges essentiale dieses, daß sie in foro rei sitae constituirt werden muß; die bloße Confirmation, bey freiem Eigenthume, sie werde einseitig oder vom Schuldner und Gläubiger zusammen gesucht, mit oder ohne Schwanz, halten wir dagegen schon für eine Corruption, welche oft an die Stelle der eigentlichen Auflassung getreten ist.

Allenthalben, wo man das Institut der Deutschrechtlichen Hypothek hat rein erhalten wollen, wie in so vielen Städten des Nordens und des Südens, hat man an der Constitution in foro rei sitae festgehalten, und dieses hat sich auch immer durch einen festeren Geschäftsgang belohnt *). — Die bloße Confirmation hat bey freiem Eigenthume sich nur darum so weit in Deutschland verbreitet, weil gerade mit ihr, wahrscheinlich pro auctoritate interposita, der fette Bissen hoher Gebühren verbunden war, welchen Mancher ungeachtet alles Sträubens bey allen Contracten passive niederschlucken mußte, wo man früher an eine solche Medicin gar nicht gedacht hatte. — Die Geschäftsleute ergriffen von jeher gern die Gelegenheit,

*) So heißt es z. B. in den Statuten der Stadt Lüneburg (Gerichts-Ordnung Th. II. Tit. 17.): Ob nun wohl nach gemeinen Kaiserlichen Rechten ein jeder seine Güter ohne gerichtliche Einschreibung kräftiglich verunterpfänden kann; so hat doch das Sächsische Recht, dessen wir uns allhie gebrauchen, aus vernünftigen Ursachen, und damit nicht ein Gut Vielen versetzt, und die Leute betrogen werden, durch einen langwährigen Gebrauch ein anderes eingeführt, nemlich, daß alle Verpfändungen der unbeweglichen oder liegenden Güter, die seyn insonderheit oder in gemein auf dieselbige Güter gerichtet, vor der Obrigkeit, darunter sie gelegen, geschehen sollen.

Gebühren zu ziehen; diese Begierde war ja der alleinige Grund so vieler Geschäfte *)!

*) Ein nordischer ausländischer Freund sagte uns einst: Bey uns geschehen die Geschäfte fast nur noch der Gebühren wegen und werden danach abgemessen und gemodelt; sonst würde der Geschäftskarren bey uns bald stille stehen. —

Gottlob, dieß ist im Hannöverschen jetzt anders, da fast allenthalben die Gebühren dem Staate berechnet werden, wenn er sie bezieht, obgleich gerade darum vielleicht der recht scharfe Appetit zu der Arbeit sich hie und da etwas verloren haben mag, was wieder ein Uebelstand ist. —

Wer wird sich aber im Hannöverschen das Verdienst erwerben, die Gebühren der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das ganze Land und durch alle Stände zu egalisiren! — Diese Gebühren wird man, wenn man gerecht seyn will und das Ausland kennt, im Ganzen als Totalsumme gewiß nicht zu hoch finden können, wenn gleich mancher einzelne Satz oft sehr hart treffen kann; allein sie sind nicht bloß zwischen den Geschäften unrichtig vertheilt, z. B. zwischen der Mutation des Eigenthums und der Hypothekbestellung, sondern belasten auch zum Theil die verschiedenen Stände und Provinzen mit ganz verschiedenen Gewichten, z. B. gerade die Confirmationsgebühren. Ueberhaupt ist die Confirmation jetzt eine ganz fehlerhafte Grundlage der Gebührentaxe. Oft treffen die Confirmationsgebühren ganz unrichtige Geschäfte, z. B. bloße Bürgschaften der Bauern, ja sie können hie und da nach der Anzahl der Interessenten immer um den einfachen Satz wachsen, wenn jene unter verschiedenen Gerichten wohnen.

Ferner ist eine politische Scala dieser Gebühren nothwendig.

Alle diese Uebelstände haben wieder meistens bloß einen historischen Grund, welcher wegfällt, nachdem wir ein Staat geworden sind. — Ueberhaupt werden wir wohl thun, unser ganzes Gebührensystem zu ändern, und es mit dem Stempelwesen in eins zusammen zu schmelzen, wie z. B.

§. 7.

Jedes der beiden obigen Systeme der Oeffentlichkeit der Hypothek kann für sich, und abgesehen von der Buchführung und der Rathsamkeit, in einem Territorio recht gut bestehen, so wie nur ausgemittelt ist, was zu dem einen oder dem andern unfehlbar gehört, und so besteht das System der neueren Deutschen Publicität, welche man, auf eine fernere Deutsche hypothekarische Zukunft hoffend, die mittlere nennen kann, im Königreiche Sachsen und im Churfürstenthume Hessen, so weit es reichen kann, erträglich, indem daselbst alle conventionellen Hypotheken an unbeweglichen Sachen in foro rei sitae entweder constituirt oder mit gleicher Prüfung und gleichem Effecte wenigstens respective consentirt und confirmirt werden müssen, wogegen in dem großen und schönen Frankreich die Hypothek vor irgend einem Notare des Reichs constituirt werden kann, überall gar keiner Prüfung, Consenses oder Confirmation, sondern nur der Ingrossation in foro rei sitae bedarf. Letzteres ist nur ein neuerer Anhang, welchen sehr wenige Provinzen vor der Revolution kannten. Man kann sich zu der einen oder der andern Parthei bekennen. —

Dagegen sieht man leicht ein, welche Verwirrung daraus entstehen muß, wenn jene Systeme neben einander concurriren sollen, und dieß war sehr oft früher in Deutsch-

im Darmstädtischen, durch das Verdienst des Herrn Geheimen Raths Knapp, wenn wir nicht irren, längst geschehen ist. Der übrige Süden wird bald nachfolgen. —

Erst alsdann kann man übersehen, wie groß die Last und wie sie zu vertheilen ist. Doch ein ander Mal hiervon, si tibi placet!

land der Fall, oder wurde wenigstens auf kurze Zeit versucht. Hellfeld zählt in seiner Abhandlung De praerogativa hyp. publicae etc. §. 38 seqq. nicht weniger als acht Unterschiede der beiden Systeme auf.

Die Oeffentlichkeit des Römischen Rechts fordert weit weniger als die des Deutschen; die von ihm vorgeschriebenen Operationen können vorangehen, und es entsteht dann die Frage, in wie weit dadurch und durch die spätere Präsentation vor dem judex rei sitae eine Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts erworben werde; und umgekehrt kann der Begriff der öffentlichen Hypothek nach Deutschem Rechte, den nach Römischem Rechte erweitern und verfälschen, und daraus können sich Bastardnaturen und Zwitterbegriffe bilden, welche der Keuschheit des Rechts nicht minder gefährlich sind, als die wirklichen Zwitter, — welche jedoch, wie wir hören, Gottlob nur in der Pucelle und nicht in dem Römischen Rechte existiren, — der physischen Keuschheit gefährlich seyn sollen.

Das Gesetz der geistigen organischen Mischung hinsichtlich der Bildung der Völker überhaupt und namentlich hinsichtlich der Verschmelzung verschiedenartiger politischer und juristischer Institute ist ein sehr schwieriges; selten wird ein reiner metallartiger Guß aus dem Schmelztiegel zu Tage gefördert, und die Völker des neueren Europas, vorzüglich aber die guten Deutschen, haben sich hierbey nicht als große Metallurgen erwiesen, und erkrankten schon früh auf das Unheilbarste in allen Zweigen der Bildung an den Folgen der schlecht geübten Kunst der Mischung.

Zweiter Abschnitt.

§. 8.

In welches Verhältniß nun jene beiden leicht zu confundirenden Begriffe der Publicität der Hypothek sich nach der allgemeinen Deutschen Praxis gestellt haben, damit wollen wir den geneigten Leser, welcher dieß alles besser weiß, als wir, nicht behelligen; der oben citirte Glück, welchen man wol den auriga, aber gewiß nicht die lucerna juris nennen kann, (doch Ruhe seiner Asche! er wußte 1000 Mal mehr als wir;) die bekannten Abhandlungen von Henning Böhmer in den Exercitationen, von Hellfeld und vorzüglich von Schweder, in deren Dissertationensammlungen auch Dabelows Concurs pag. 621 seqq. erste Ausgabe geben darüber hinlänglich Auskunft; fast alle Sammlungen von älteren Rechtsfällen sind davon voll.

Wir halten dagegen es für rathsam, einen Extract aus den Hannöverschen Praktikern, und zwar meistens nach Lage der Acten, zu liefern, da diese vielleicht nicht allen anderen Deutschen Geschäftsleuten, hoc visuris, so zur Hand sind, als uns, und auch die Hannöverschen Geschäftsleute vielleicht lieber einmal an einen solchen tüchtigen Gesammt-

blumenstrauß ihrer Flora practica in dieser Materie riechen, als sich mühsam nach jedem einzelnen, auf entlegenen zerstreuten Beeten einsam stehenden Blümlein bücken mögen. —

Wir werden es dabey in der Regel vorziehen, diese hypothekarischen Blumen mit Laub und Wurzel zu geben; wenn aber alsdann das Bouquet etwas unförmlich und dick gerathen sollte, so möge uns vor allem die gewiß nicht geringe Wiß- und Prüfungs-Begierde des geneigten Lesers, sodann aber unser eigenes Gefühl zur Entschuldigung dienen, welchem, bey versuchter Umgestaltung geistiger Producte mit Recht berühmter Männer, der Vorwurf „einer fast falsarischen Oberflächlichkeit" besonders empfindlich seyn müßte, welchen vor noch nicht langer Zeit ein großer dialektisch-theologischer Schriftsteller einem anderen, wenn gleich nicht so großen, in christlicher Demuth gemacht hat. —

Die Erinnerung an das süße „Lied des gefangenen Grafen" von unserm unsterblichen Naturforscher und Nationaldichter, in welchem die Blumen lieblicher als die Nachtigallen singen, und die so natürliche Vergleichung dieses Blumenstraußes mit dem unsrigen wird den geneigten Leser, wir sind dessen Bürge, vor jeder Anwandlung der Langenweile sichern.

Flechten wir jedoch einige Noten, nicht als Cyanen, sondern als bloßen dürren Bindfaden, in unseren Strauß ein, und gewiß niemals mit dem Selbstgefühle, mit welchem spätere Römische Juristen die Werke ihrer Vorgänger und Lehrer, befugt oder nicht befugt, mit Noten, bey dem Römer noch dazu ein zweideutiger Ausdruck, versehen durften, sondern mit der Erinnerung, welche dem schon Demüthigen hinlänglich Bescheidenheit prediget, daß die

Nachwelt die selbst von großen Männern zu den Werken des Papinian gemachten Noten wieder auslöschte, und daß denn doch am Ende Gottlob in der Weltgeschichte der Text über die Noten, wie das Fett über das Wasser, obsiegt, da wir sonst keine Bibel und kein Corpus juris mehr haben würden. „Die Noten ohne Text" sind längst vergessen, obgleich sie anfangs so viele Auflagen erlebten, und manche für eine schwache Zeit nicht schlechte Witze enthielten.

Unser Standpunkt ist ja auch bloß ein legislativer, kein eigentlich doctrineller, und der Urtheilsverfasser, der oft das Unmögliche in dem Chaos der Rechte und dem Gedränge der Realitäten leisten soll, muß nicht selten vor den schlimmen Folgen seiner juristischen Consequenz zurückschrecken, und befindet sich nicht in so bequemen Windeln als der politische Schriftsteller.

Wir wollen diesen Actenextract, so viel als thunlich, historisch, nach dem Alter der Schriftsteller, formiren, welches freilich zuweilen zusammenfällt, damit man um so besser die Entwickelung des Hannöverschen Begriffs der öffentlichen Hypothek und durch diese die Rathsamkeit der betreffenden Bestimmung in der fraglichen Verordnung bey diesem Hauptpunkte, der Ingrossationsfähigkeit der hypothekarischen Forderungen, auffassen und beleuchten könne.

Wir fürchten dabey nicht, daß der rächende Geist der gesprengten Auflassung, und der schwankende Schatten der Deutschen öffentlichen Hypothek, wie der des Banco, im Sessel sitzend und zuhörend, den geneigten Leser stören werde, noch daß irgend jemand, nach gelesenem Actenextracte, es noch bezweifeln könne, daß, wie behauptet ist, das Recht in unserm Deutschen Vaterlande auf eine wahrhaft organische Weise, ohne störenden Knoten, ohne ge-

hemmten Wachsthum, ohne voreiliges Einreißen und Wiederaufbauen, etwa wie das flüssige Metall, in einen endlich geläuterten Silberblick sich entwickelt habe.

Zur Orientirung des geneigten Lesers hinsichtlich des nachfolgenden Actenertracts bemerken wir noch, daß die Ansichten der Hannöverschen Praktiker im Ganzen auf Schweders Auctorität gebauet sind, indeß auch einiges Eigenthümliche haben.

Ferner ist in dem Gebiete der fraglichen Hannöverschen Verordnung, wie wir solches im ersten Hefte §. 2. abgemarkt haben, die gerichtliche Auflassung fast allenthalben gesprengt. Sie hat sich nur in einigen Städten, als Hannover, Lüneburg, Celle, Uelzen, und vielleicht auch in einigen Bremischen Landschaften, mehr oder weniger rein erhalten, sowol beym Eigenthume als beym Pfande. — Später wurde, wie wir unten sehen werden, in den ganzen Herzogthümern Bremen und Verden die Oeffentlichkeit der Hypotheken, wenn gleich nicht des Eigenthums, einigermaßen im Sinne des Deutschen Rechts wieder hergestellt.

Dieß alles liegt jetzt außer unserm Zwecke; wir abstrahiren davon für jetzt, an einem andern Orte darauf zurückkommend. Wir haben hier bloß die weit umfassenderen Theile des Landes im Auge, wo jenes nicht der Fall ist. — In diesen siegten, in der Theorie wenigstens, die Römische Tradition, das pactum hypothecae, und die l. 11. C. cit. ob, und verdrängten die Oeffentlichkeit im Sinne des Deutschen Rechts, am Ende des 16ten und im Anfange des 17ten Jahrhunderts. Das alte so genannte Sachsenrecht konnte sich entweder von selbst gegen das aufgenommene Römische Recht nicht behaupten, oder wurde,

wie in den südlichen Landestheilen, noch durch ausdrückliche Gesetze und Landtagsabschiede aufgehoben.

Nirgends ist in diesen Landestheilen, von den oben angedeuteten Ausnahmen abgesehen, durch ein allgemeines Gesetz vorgeschrieben, daß nur in foro rei sitae, causa cognita et confirmatione subsequuta, ein öffentliches Pfand gewonnen werden könne. Natürlich reden wir hier nicht von dem Consense oder der Confirmation, welche aus dem Obereigenthume und etwa auch der Vogtei entspringt, mithin auf ganz anderen Grundlagen beruht, sondern bloß von derjenigen, welche aus dem alten Deutschrechtlichen Pfande sich entwickelt hat *). —

Es existiren in diesen Landestheilen, vorzüglich in den mittleren und südlichen Provinzen, nur einige unten zum Theil näher zu berührende Verordnungen hinsichtlich der, städtischer Jurisdiction unterworfenen, oder in der Feldmark der Städte belegenen, unbeweglichen Güter, bey welchen alle Alienationen, und namentlich auch Hypothekbestellungen bey Strafe gänzlicher Nullität angemeldet werden sollen. —

Eben so sollen auch die Bauern ihre Contracte entweder vor den Beamten errichten, oder diesen doch wenigstens solche offenbaren, und von ihnen confirmiren lassen, zum Theil zum besseren Beweise und sogar in foro domicilii, kurz eine Art von Verlautbarung.

Alle diese Verordnungen sind aber nur leges speciales hinsichtlich der Personen oder der Sachen, und enthalten nicht einmal alle die Verpflichtung zur Confirmation.

*) Mittermaier zc. Privatrecht. §. 191 a. 3e Ausg.

Die den Bauernstand betreffenden fraglichen Verordnungen sind aus dem bekannten Standpunkte der speciellen Obervormundschaft des Staats über jenen Stand gegeben, und nur diese enthalten in einigen Provinzen die Pflicht der Confirmation.

Für den Adel waren solche Verordnungen in den meisten Provinzen nicht vorhanden.

Die sämmtlichen fraglichen Verordnungen gehören principaliter in die Lehre von dem Besitztitel und der Buchführung, wo wir sie zusammen ausführlich analysiren werden. Hier also nur so weit es zu dem vorliegenden Zwecke nothwendig ist, vorzüglich nur um die gerichtlichen Präjudizien zu erläutern, was jetzt zur Zeit unser Hauptstandpunkt ist. Diese beziehen sich aber, so weit sie in den großen Hannöverschen Praktikern enthalten sind, nur auf die ehemaligen Besitzungen des Churfürstenthums, nicht auf die durch den Reichsdeputationsabschied und die Wiener Congreßacte erworbenen Provinzen, weshalb wir unten die Bestimmungen der Hildesheimschen Polizeiordnung vom 20. Oct. 1665 §. 24. nur berühren, und auf die Hessischen Constitutionen gar nicht eingehen werden. Diese gehören außerdem in das Hessische Recht.

Die Hannöverschen Praktiker und die Gerichte nehmen an, daß jene Bestimmungen nicht vorgeschrieben seyen, um die Constitution öffentlicher Hypotheken im Sinne des Deutschen Rechts zu erwirken, und daß eine öffentliche Hypothek auch aus jener bloßen Anmeldung, Offenbarung und Confirmation nicht folge, sondern daß die Ordnung der Cataster der Magistrate und die obervormundschaftliche Fürsorge hinsichtlich der Gebrechlichkeit der Bauern der alleinige Zweck jener Bestimmungen gewesen sey, was wir unten

näher prüfen werden. In der That wurde aber ein Fragment der öffentlichen Deutschen Hypothek in unvollkommener Gestalt durch die Hinterthür wieder hineingelassen.

Man hätte also nach dem Obigen auch wol glauben können, daß die schöne Publicität aus der l. 11. C. cit. entweder unbedingt, oder, wo dieß vorgeschrieben war, accedente Anmeldung, Offenbarung und Confirmation, beau jeu gehabt haben würde, denn jene Constitution war ja das einzige allgemeine regulirende Landesgesetz, und keine Publicität im Deutschen Sinne nothwendig.

Die Sache wird sich aber sogleich anders im ungeheuern Conflicte durch den Actenextract darlegen.

§. 9.

Wenden wir uns zuvörderst zu den Observationen von Esaias v. Pufendorf, dem berühmten Gründer der Hannöverschen civilrechtlichen Praxis. — Er ist noch von keinem späteren Hannöverschen Geschäftsmanne an Eminenz des Scharfsinnes, Umfange der Kenntnisse im Römischen Rechte, Klarheit, Präcision, Geist und Lebendigkeit der Darstellung übertroffen; alles gewinnt bey ihm sogleich Form und Leben; so lange die bisherigen Statuten und Rechte im Lande bestehen, wird er unser Hauptleitstern in der civilrechtlichen Praxis bleiben. Stand er auch nach der Sitte seiner Zeit vielleicht mehr auf den Schultern der damaligen Doctrin als unmittelbar auf den Rechtsquellen selbst; ging er in deren genauere Analyse, seinem Zweck gemäß, vor dem Publico nicht tiefer ein; so waren diese und auch der Cujacius, wie viele Ausführungen ergeben, ihm dennoch gar wohl bekannt. — Groß waren seine Thätigkeit und seine Leistungen für das Land, und wer seine Werke kennt,

sieht bald, daß, wenn Verfassung und Zeitverhältnisse es ihm erlaubt hätten, solche noch umfassender und eingreifender gewesen seyn würden. — Sein Name wird auch jetzt noch an der Donau und am Rheine mit Achtung genannt, was bey nicht vielen einstigen oder jetzigen Celebritäten der Fall ist. —

Tom. I. obs. 197. ist die Meinung aufgestellt, daß eine bloße gerichtliche Agnition keine öffentliche Hypothek gebe, und diese Ansicht wurde, wie es scheint, von dem höchsten Gerichte angenommen. Das Alter dieses Präjudizes ist leider nicht zu ersehen. Die Gründe sind aber vorzüglich merkwürdig, weil daran im Wesentlichen die spätere Hannöversche Praxis sich entwickelt hat, und indirecte selbst die fragliche Bestimmung der Verordnung daraus geflossen ist.

Diese gehen dahin:

„Hypothecam enim publice *confectam* esse oportet, ut publica habeatur. l. 11. C. Qui pot. in pignore. Neque eadem ratio subsecutae agnitionis est, quae confectionis. Multa enim debitor praesertim processu executivo conventus necessitate juris agnoscere debet, quae forte ab initio non agnovisset, (das ist sehr richtig!) propterea quod exceptiones illiquidae a solutione non liberant, sed ea causa liquidae vel in continenti liquidabiles requiruntur. Quam ab rem hypotheca deinde ex necessitate juris in judicio recognita non itidem ut publice ab initio constituta suspicionem fraudis excludit. Praeterea autem in hypotheca publica efficienda merito et debitoris et creditoris consensus et intentio hujusmodi hypothecae constituendae desideratur.

(Verordnung: die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen!)

Quae intentio neque in debitore neque in creditore intelligitur, si debitor de solutione conventus obligationem necessitate juris recognoverit." —

Auctoritäten sind nicht angeführt, namentlich nicht hinsichtlich des animus, sie kommen zum Theil noch unten. Man sieht, daß hier lediglich der Standpunkt aus dem Römischen Rechte genommen ist, und daß auch danach eine solche Hypothek nicht die Kraft der öffentlichen haben soll.

Es kann natürlich die bloße gerichtliche Agnition keine öffentliche Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts geben, wol aber, nach unserer Ansicht, im Sinne und Geiste des Römischen Rechts, da ein gerichtlich agnoscirtes Instrument von dem Augenblicke der Agnition an so gut ein öffentliches Instrument ist, als ein gerichtlich aufgenommenes, und der Zweck des Röm. Rechts, sey dieser nun ein sicheres Datum oder Beweiskraft gegen den Dritten, wird durch die Agnition eben so gut erreicht, als durch die ursprüngliche Constitution der Hypothek in dem Instrumente, wenn gleich die l. 11. C. cit. an diesen Fall gewiß nicht speciell gedacht hat.

Ueber den obigen Punkt sind indeß bekanntlich die Rechtslehrer, den Unterschied zwischen den beiden Arten von Hypotheken nicht immer festhaltend, von jeher streitig gewesen. Alle, welche das Röm. Recht festgehalten haben, namentlich Faber in seinen Erroribus pragmat. und Hellfeld in seiner bekannten Abhandlung De praerogativa hypothecae publ. §. 31., nehmen die von uns gebilligte Ansicht an, und selbst Schweder ist in seiner Abhandlung §. 12., obgleich er fast gänzlich den Standpunkt des Deutschen Rechts aufgefaßt hat, so viel wir ihn verstehen, die-

ser Ansicht; nur diejenigen, welche Deutsches und Römisches Recht vermengen, haben die entgegengesetzte Ansicht.

Die Nichtberücksichtigung der illiquiden Einreden im Executivprocesse kann auch wol kein entscheidender Gegengrund seyn, da es hier nicht auf die Natur der Einreden und auf die Materie des Instruments überhaupt, sondern auf die Natur des Pfandrechts ankommt, und wenn die Einreden nachher ad liquidum gebracht werden, die Hypothek von selbst wegfällt.

Die suspicio fraudis wird aber von selbst ausgeschlossen hinsichtlich der späteren Creditoren, und hinsichtlich der früheren Creditoren legen die Schriftsteller, von welchen wir unsere Ansicht entlehnt haben, und welche auch gerade in dieser Hinsicht zum Theil citirt sind, der Recognition keinen Effect bey. —

Von dem animus, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, haben wir aber in dieser Lehre im Römischen Rechte nichts verspürt, und es fehlen gewiß auch die historischen Denkmale, daß bey der Deutschen Auflassung, der Wurzel der öffentlichen Hypothek im Deutschen Sinne, der animus noch besonders, außer dem actus selbst, nothwendig gewesen sey, da unsere Vorfahren wahrscheinlich der Ansicht gewesen sind, daß, wer etwas thut, es in der Absicht thue, um es thun. Dieser Grundsatz greift ja durch alle Geschäfte und das ganze Leben durch, donec probetur contrarium.

Nach Deutschem Rechte versteht sich hingegen, wie wir glauben, die Ansicht, daß die Agnition keine öffentliche Hypothek erwirke, von selbst; es kann aber jene Observation wol nicht als sicheres Präjudiz aus diesem Standpunkte des Deutschen Rechts angesehen werden, weil sie nicht rein auf dem Boden des Deutschen Rechts

steht, sondern sich gerade auf das Römische Recht stützen will *).

Diese Ansicht, daß die bloße Agnition keine öffentliche Hypothek erwirke, ist nachher von der Landespraxis festgehalten, wie das bey Ramdohr Th. 2. pag. 337. stehende Präjudiz des höchsten Gerichts von 1794 ergiebt.

Es ist aber ein etwas wunderbarer Wunsch des Herrn von Ramdohr, daß Hellfeld eine gesetzliche Bestimmung für seine Ansicht angezogen haben möge, da der Zustand der Quellen in dieser Hinsicht genügend bekannt, und es von selbst klar ist, daß bey einem Gesetze, welches, wie die l. 11. C. cit., bloß Beweiskraft oder sicheres Datum des Instruments fordert, die gerichtliche Agnition wenigstens pro futuro eben so viel vermag, als die gerichtliche Abfassung.

Mit Recht fragt schon Faber: Ob die Unterschriften von drei Zeugen mehr beweisen, als die gerichtliche Agnition?

§. 10.

Die beiden Observationen 159 und 160. Tom. II. entscheiden die Frage, ob die bloße confirmatio judicialis einer vorhin constituirten Hypothek den Effect einer hypotheca publica ertheile. Dieß ist verneint durch ein Präjudiz von 1747.

Die Gründe sind:

„Neque enim ex confirmatione judiciali sola, utpote quae nihil novi efficit, sed ex constitutione, quae fit in judicio, hypotheca publica nascitur, adeoque hypotheca in judicio non con-

*) Eichhorn Einleit. i. d. deutsche Privatr. §. 187. erste Ausg.

stituta ex sola confirmatione subsequuta in judicialem minime mutatur.“

Alsdann wird diese Ansicht mit der Auctorität der Schwederschen Abhandlung De auctoritate publica etc. §. 5. belegt, in welcher wieder eine Reihe von Schriftstellern, namentlich Mevius, welcher die reine Deutsche Hypothek vor Augen hatte, citirt sind, welche jene Ansicht theilen. — Es wird dabey gar kein Unterschied gemacht, ob das Instrument schon agnoscirt ist, oder nicht, ob es ein öffentliches oder Privatdocument ist, ob der Gläubiger oder der Schuldner die Confirmation sucht; sondern die Entscheidung geht ganz allgemein dahin, daß die bloße Confirmation niemals ein öffentliches Pfand gebe, sondern nur die gerichtliche Constitution. —

Allein man braucht nur den Eingang der Schwederschen Abhandlung einzusehen, um sich sofort zu überzeugen, daß diese nicht aus dem Standpunkte des Römischen, sondern lediglich des Deutschen Rechts geschrieben ist. Jene Abhandlung wurde außerdem von einem Wirtemberger und für einen Hamburger geschrieben, in deren Vaterlande bekanntlich allein die öffentliche Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts Kraft hatte, obgleich in Wirtemberg dieser Begriff auch einmal länger als ein Jahrhundert schwankte *). Die Schwedersche Abhandlung erwähnt nicht einmal bey der Exposition des Begriffs ꝛc. die l. 11. C. cit.; räumt zuvörderst alles, was im Sinne des Deutschen Rechts keine öffentliche Hypothek ist, aus dem Wege, und geht sodann §. 17. zu deren Begriffe

*) Volley die Lehre von den öffentlichen Unterpfändern ꝛc. §. 16 und 17.

über, belegt solchen mit den Lübecker und Hamburger Statuten, und fordert ausdrücklich zur Bestellung einer jeden öffentlichen Hypothek die causae cognitio, die gerichtliche Constitution und ein Decret. —

Dieß mag alles aus dem Standpunkte der Deutschen Hypothek sehr richtig seyn, und deshalb ist diese Abhandlung auch mit Recht bey dieser Materie von dem Herrn Geheimen Legat. Rathe Eichhorn in dessen Einleitung in das deutsche Privatrecht ad §. 187. vor allen anderen als die Hauptquelle in dieser Materie citirt; sie kann aber nicht dazu dienen, da den Begriff der Oeffentlichkeit zu bestimmen, wo das Römische Recht angewandt werden soll. Daß dieß aber in dem fraglichen Rechtsstreite nicht der Fall gewesen sey, ist weder von Pufendorf noch Ramdohr bemerkt, und die obige Ansicht ist überhaupt, ohne Unterschied der Rechtsquelle, ein Axiom der Hannöverschen Praxis geworden; es wird noch täglich danach entschieden.

Aus dem Standpunkte der l. 11. C. cit. können wir diese Ansicht aber nur für irrig halten, da diese nur ein instrumentum publice confectum, keinesweges aber die Constitution der Hypothek im Gerichte zur Oeffentlichkeit fordert oder möglicher Weise fordern kann, und eine Privaturkunde, noch mehr aber ein Notariatsinstrument, durch die gerichtliche Confirmation von selbst eine öffentliche Urkunde wird, so bald im ersteren Falle nur constirt, daß das Instrument nicht einseitig aufgenommen ist. Dieß ergiebt schon die Parallele der vor Zeugen errichteten Hypothek. Es scheint uns dieß also eine Uebertragung eines Theils der Requisite der Deutschen öffentlichen Hypothek auf die Hypothek im Sinne des Röm. Rechts zu seyn.

Alle Staaten, alle Rechte, alle Institute haben ihre eigenthümliche Natur und ihren Urtypus; wer sie daraus

verrückt und Widersprechendes einmischt, der kann natürlich eben so wenig zu einem festen Resultate gelangen, als wer in der Logik oder in der Algebra einen falschen Ansatz nimmt.

§. 11.

Tom. III. obs. 53.

„Hypothecae judicialis et publicae constitutio an sine causae cognitione et coram judice quocunque fiat, merito dubitari potest. De quo quidem hoc loco amplius non adjiciemus.“ —

Jedoch wurde angenommen, daß vor dem Unterrichter, welcher auf den fundus exemtus zu einer exemten Person gehe, von dieser eine Hypothek ad effectum judicialis et publicae constituirt werden könne.

Dieß ist bey strenger Festhaltung der Grundsätze des Deutschen Rechts, welche immer den judex rei sitae erfordern, nicht möglich. Die in der Observation angeführte Möglichkeit der Entsagung des fori, der Dienst bey demselben Territorialherrn, die Nichtanmaßung einer fremden Gerichtsbarkeit, welche aber allerdings aus dem Standpunkte des Deutschen Rechts vorhanden ist, können dabey nichts entscheiden, sondern allein dieses, ob die Hypothek zu Recht besteht, und dieß kann nur nach den Grundsätzen der Deutschen Auflassung beurtheilt werden. Von den Grundsätzen des Deutschen Rechts ging man aber offenbar aus. Sie stehen fast bey allen diesen Rechtsfällen unsichtbar hinter den Coulissen und leiten die Entscheidung, wie in der Regel die Minister bey den Herrschern.

Ganz anders ist die Sache nach Römischem Rechte, wenn der Officiant überhaupt außer seinem Gerichtssprengel fungiren darf. — Durch ein Präjudiz von 1747 wurde

eine so extra territorium constituirte Hypothek aufrecht erhalten.

Unten wird sich die Sache weiter entwickeln. Ferner wird sich unten zeigen, von welcher Erheblichkeit die Verbindung der beiden Wörtchen judicialis et publicae geworden ist. Der Materie nach soll dadurch vielleicht Römische und Deutsche Oeffentlichkeit verbunden werden, und die Rechtsfälle weisen jene Ausdrücke immer da aus, wo keine reine öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen Rechts, sondern ein Mixtum compositum oder auch bloß die Deutschrechtliche Hypothek vorliegt.

§. 12.

Tom. III. obs. 180.

Diese Erörterung hat auf die schon oben berührten Calenbergschen und Lüneburgschen Constitutionen von 1712, 1733 und 1739 Bezug, welche bestimmen, daß kein dingliches Recht an den städtischen Grundstücken erworben werden kann, wenn nicht die Anmeldung bey den betreffenden Magistraten geschieht *). Wir kommen unten darauf noch zurück. —

Pufendorf nimmt (§. 2.) an, daß die Ordnung der Cataster und der Grenzen der alleinige Zweck jener Constitutionen sey, die Verordnung von 1739 besagt aber ausdrücklich: „Daß die Absicht dabey zugleich auf Erhaltung guten Credits gehe!" und die fraglichen Verordnungen

*) Calenbergsche Constitutionen Th. II. pag. 633. 651. 897 seqq. Willich Bd. I. pag. 450 seqq. erste Ausgabe voce bürgerliche Grundstücke.
Cellesche Constit. II. 926. IV. 578.

treffen ja auch nicht bloß den Besitztitel, sondern jede Hypothekerwerbung. —

Alsdann ist (§. 7.) bemerkt, daß die Anmeldung auch von dem Gläubiger allein ein Pfandrecht erwirke.

§. 8. „Videamus autem, an hoc pacto publica hypotheca existat. Et si quidem caetera concurrunt, quae ad hypothecam publicam requiruntur, de eo dubitari non potest. Alias ex eo, quod vel a creditore vel a debitore res ad notitiam duntaxat magistratus perducitur, publica hypotheca nondum efficitur, sed jus tantum hypothecae reale nascitur."

Die fraglichen Magistrate im Calenbergschen, Göttingischen, Grubenhagenschen und Lüneburgschen waren früher, wenn wir nicht irren, nach alter Deutscher Einrichtung, außer der Administration, auch sämmtlich mit Civiljurisdiction versehen, indeß, leider müssen wir sagen, nicht immer in der Feldmark, z. B. noch jetzt, wie wir hören, das berühmte Neustadt am Rübenberge, im Calenbergschen, unterhalb Hannover, wahrscheinlich eine Ironie eines Oberdeutschen, dessen Auge an etwas höhere Berge, als an einen solchen Maulwurfshaufen, gewöhnt war, oder das berühmte Melle im Osnabrückschen, eine juristische Reliquie, welche wol bloß in die Rechtsgeschichte gehören sollte. Daraus erwachsen denn bey Hypothekbestellungen in der Regel doppelte Geschäfte und doppelte Kosten, wenn man Acker und Haus, wie gewöhnlich, zusammen versetzt, eine Einrichtung, welche, wie wir hören, die Preußischen Geschäftsleute in dem Preußischen Theile der Grafschaft Henneberg im vergrößerten Maaßstabe sich zum Muster genommen haben sollen *). —

*) Wenn dieß wirklich der Fall ist, wie wir nach unseren respec-

Also Jurisdiction und Administration waren in den fraglichen Magistraten vereint, bis seit 1814 die Jurisdiction von der Administration hie und da mehr oder weniger getrennt wurde, wodurch sich die Sache anders stellte, obgleich streng genommen, und nicht bloß nach unserer Ansicht, auch alsdann noch nach Römischem Rechte einer in einem Magistratsinstrumente enthaltenen Hypothek der Charakter der Oeffentlichkeit nicht wird abgesprochen werden können, weil die Magistrate das jus actorum und fidem publicam haben, und auch z. B. früher gerade der Magistrat in Göttingen und nicht das Civilgericht die Confirmation ertheilte. (Nach der neuen Organisation nicht mehr). Die l. 11. C. cit. setzt ja gerade die Municipalbehörde, den Magister census, welcher doch wol auch das Catalster hatte, voraus! Indeß wir wollen um des lieben Friedens willen von ihnen hier nur reden, in so weit sie mit dinglicher Civiljurisdiction versehen waren.

Daß nun eine solche bloße Anmeldung keine öffentliche Hypothek im eigentlichen Sinne des Deutschen Rechts geben könne, ist von selbst klar, da dieß die bloße Confirmation gemeinrechtlich schon nicht vermag. Hinsichtlich des Römischen Rechts tritt das Obige ein.

Die fraglichen Verordnungen sind aber darin höchst unglücklich, daß sie eines Theils die Anmeldung fordern, bey Strafe der Nullität, andern Theils der Anmeldung

tablen Quellen, unsern Ohren, denn wir konnten es in der Eile des vorigen Herbstes leider nicht selbst sehen, nicht bezweifeln können, so fragen wir, wie ist es möglich, eine solche verkehrte Einrichtung sogar neu zu begründen? Natürlich der schönen Preußischen Gerichts- und Hypotheken-Einrichtung zu gefallen, denen das Volk und das Land sich accommodiren soll! Umgekehrt, so wird ein Schuh daraus!

aber dennoch nicht die Kraft der Oeffentlichkeit hinsichtlich der Hypotheken, nach der Ansicht der Interpreten, beylegen sollen, und dabey doch nicht bestimmen, daß die Hypotheken, wenn sie jene Kraft haben wollen, immer gerichtlich constituirt oder wenigstens confirmirt werden müssen. Wäre dieß Letztere geschehen, so wäre dadurch auch die Anmeldung beschafft, und die Grenze und der Effect jener Operationen nicht zweifelhaft geworden.

Viele Menschen wären nicht um ihr Geld gekommen, die wähnten, (und man kann eben nicht sagen, daß sie, mit Ausnahme des Verfassers, schlechte Juristen waren,) daß, da keine gerichtliche Constitution in foro rei sitae nach dem Landesrechte nothwendig sey, ja nicht einmal bey den meisten betreffenden Städten eine Confirmation, die bloße Anmeldung bey der Civilgerichtsobrigkeit eine hinlänglich öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen Rechts gebe; ein Unglück, das niemals in denjenigen Städten entstehen kann, wo in den Statuten so gut als in dem Rechtsbewußtseyn des Volks der Begriff der Deutschen Hypothek sich erhalten hat. — Ein Mehreres unten!

§. 13.

Vorzüglich merkwürdig ist in rechtshistorischer Hinsicht die obs. 206. in demselben Bande, welche sich auf die Statuten der Stadt Hannover bezieht.

Als am Ende des 16ten und im Anfange des 17ten Jahrhunderts das sogenannte Sachsenrecht in den Ländern des Hauses Braunschweig gesprengt wurde, erhielten sich freilich im Lüneburgschen die Statuten der Städte, in

dem südlichen Theile des Landes, diesseit der Haide, gingen aber auch diese mit der Buchführung fast ganz zu Grunde, und nur einige Bruchstücke wurden aus dem alten Rechte erhalten, vor allen in Braunschweig, weniger in Hannover und in Hildesheim.

Die kleineren Städte mußten der Gewalt der Doctoren, der Orakel der damaligen Weisheit, der Kanzler, der Fürsten, der Reichsgerichte und der Mode um so mehr weichen, als ihre Statuten in privatrechtlicher Hinsicht sehr dürftig und fast alles ja ungeschriebenes Recht war, ein entscheidender unglücklicher Umstand, welcher so oft gegen das alte Recht den Ausschlag gab. —

Eben so ging es dem Adel und dem platten Lande, soweit dieses überhaupt möglich war, und die Erfahrung hat jetzt hinlänglich gezeigt, wie gar vieles in dieser Hinsicht nicht möglich war. Namentlich war jenes auch der Fall hinsichtlich der Auflassung und der Deutschrechtlichen Hypothek, bis für die Städte und das platte Land in den oben berührten Constitutionen auf höchst corrupte Weise, in der sogenannten Anmeldung und Offenbarung, sich beide indirecte wieder reproducirten. Der Adel scheint die Restitution der Oeffentlichkeit seinem Interesse nicht angemessen gehalten zu haben. Ungefähr eben so ging es im Hildesheimschen, wo von den Städten sich nur Hildesheim etwas Wesentliches erhielt, der Adel, so viel wir wissen, nichts, und das platte Land später das Gesetz der Confirmation wieder bekam. —

Dabey war es ein großes, noch jetzt sehr fühlbares Unglück des Landes, daß man nicht einmal den Sinn hatte, einen verständigen Uebergang zu machen, und einige Anhaltspunkte festzusetzen, wie doch in Sachsen und meistens in Oberdeutschland geschah. Die ganze legislative

Weisheit jener Zeit bestand hier zu Lande darin, im Bausch und Bogen das Römische Recht dem Deutschen zu substituiren. — Man wollte sich gleichsam blank auf das Römische Recht niederlassen. — Die gesammten Provinzen, in welchen die Hannöversche Verordnung vom 13. Juni 1828 Kraft hat, haben keine Landrechte, wenn man nicht etwa an das Hadler Landrecht und einige meistens antiquirte Statuten der Bremischen Marschen, die im Wesentlichen aus freien Volksgemeinden hervorgingen, denken will, welche aber jetzt mehr in die Rechtsgeschichte als in die Gerichte gehören.

Daraus entspringt denn noch jetzt die Verdunkelung, die große Ungewißheit und Haltlosigkeit des Rechts in diesen Provinzen.

Kann man auch den in den Süddeutschen Ländern bey Abfassung der Landrechte eingeschlagenen Weg und das Maaß, wie man Altes und Neues an einander zu fügen gedachte, für sich selbst wol nicht billigen; wurde die Absicht auch nur höchst unvollkommen und kunstwidrig ausgeführt; so hatte man doch in jenen Landrechten, z. B. in dem Solmser, Pfälzer und Wirtemberger einigermaßen einen Anhalts- und Vermittelungspunkt. Diesem Umstande ist es auch vorzüglich mit zuzuschreiben, daß auf dem platten Lande in Süddeutschland die volksthümlichen juristischen Einrichtungen nicht so ganz, wie in Norddeutschland, zu Grunde gehen konnten, und daß man jetzt daran denken darf, ja schon mit Erfolg hie und da es versucht hat, darauf fortzubauen *), wenn, wie in Franken, der Bau nicht

*) Mit Vergnügen erinnern wir uns hier aus den Actenstücken der Badenschen Ständeversammlung an dasjenige, was der Chef des Badenschen Ministerii des Innern, Winter, über diesen Gegenstand im Sommer 1831 in der zweiten Kammer so

unglücklicher Weise in die Hände eines solchen Baumeisters, als des seligen Geheimenraths von Gönner, fällt, der wahrlich kein großer Kenner der Baumaterialien war.

Sed dic de duabus capellis!

In der Altstadt Hannover erhielt sich nun die Auflassung und damit ihre Tochter, die Deutschrechtliche Hypothek, jedoch in Zurückgezogenheit und im Dunkeln, wie ein Ehrenmann oder gar ein alter Aristokrat, wenn die schlechte Gesellschaft oder die Demagogie gar zu sehr überhand nimmt, z. B. jetzt in Paris; oft angefochten, am Ende aber doch obsiegend. — Daneben wurden aber auch hier die oben bereits erwähnten Calenbergschen Constitutionen für die Städte eingeführt, welche bey Strafe der Nullität nur die Anmeldung jeder Art von Veräußerung der städtischen Grundstücke, also eine corrupte Auflassung, vorschrieben.

Auflassung und Anmeldung galten also in Hannover zugleich, da doch jene diese umfaßt *).

wahr auseinandersetzte, und wie er diejenigen bejammerte, welche von der alten Gemeinde- und Gerichtsverfassung gar nichts sich erhalten hätten. — Zu diesen gehören denn auch die Braunschweiger und Hannoveraner mit Ausnahme sehr unbedeutender Reliquien. —

*) s. hinsichtlich des Obigen: Beiträge zur Kenntniß der Verfassung der Königl. Residenz-Stadt Hannover. Hannover bey Kius 1815. 8. pag. 15—28. Von einem damaligen Mitgliede des Magistrats; wenig, aber doch dankenswerth, daß man die Dinge „schwarz auf weiß" hat.

Wir lassen daraus das Wesentliche in den obigen Beziehungen abdrucken, weil jenes Schriftchen gewiß sehr wenig im Lande verbreitet ist, und solche Dinge nicht genug vor Verdunkelung geschützt werden können:

„Diese Verfassung wird durch eine am 23. Febr. 1765 öffentlich affigirte und durch den Druck bekannt gemachte Verord-

Nun sehe der geneigte Leser, welche Verwirrung daraus in judicando entstand, daß die Statuten der Stadt

nung beurkundet, welche sich jetzt noch in wenigen Händen befinden dürfte, und die daher hier in extenso eingerückt wird.

„Wir Bürgermeister und Rath der Königlich und Churfürst„lichen Residenz-Stadt Hannover fügen hiemit zu wissen:

„Nachdem nach hiesigem kundbaren unverrückten „Herkom„men," alle bürgerliche Stadt-Häuser im Rath gerichtlich „mit der üblichen Solennität:

„da der Verlasser dem, welchem das Haus verlassen wird, „mit den Worten: ich verlasse, seinen Hut oder auch „den Contract reichet, der andre hingegen mit den Wor„ten: ich nehme an, in solchen Hut greifet, oder den „Contract annimmt, und nach dieser Verlassung der Rath „zum Bescheide giebet: daß nunmehro das Haus von des „Verlassers Namen ab, und auf dessen, dem es verlas„sen, Namen geschrieben werden solle;"

„übergeben worden: So haben diejenigen, die ein Haus „verlassen und annehmen wollen, wofern sie nicht in Per„son erscheinen, ihre Gevollmächtigte zur Verlassung mit „Special-Vollmachten zu versehen, auch zugleich mit dem „gewöhnlichen Bürger-Schein darzulegen, daß von dem „neuen Successore im Hause, vor sich und seine Frau die „Bürgerschaft „zuförderst" gewonnen. Der Secretarius ju„dicii aber hat alle gerichtliche Haus-Verlassungen, in ein „besonderes Haus-Verlassungsbuch einzutragen, und zugleich „in Obhut zu halten, daß des neuen Hausherrn Namen „in den Catastris und Regestis richtig eingetragen werde. „Bei diesem allen versteht sich von selbst, daß vor Gewin„nung der Bürgerschaft keine Haus-Verlassung an einen, „der noch nicht Bürger ist, gestattet, noch ehe und bevor „ihm das Haus nicht gerichtlich verlassen, eine Bestellung „einer Hypothek, auf ein noch unverlassenes Haus, welches „in dem Ingrossations-Buch und Catastris auf den Na„men eines neuen Acquirentis noch ganz und gar nicht „erscheinet, zugelassen (werde).

Hannover nicht gehörig durch den Druck publicirt waren.

„Uebrigens hat der Actuarius judicii alle drei Monat „mit dem Camerarius die Catastra durchzusehen, mit sol„chen das Hausverlassungs-Buch zu conferiren, und dahin „zu sehen, daß die Häuser auf des rechten Eigenthümers „Namen bewahret bleiben, und die neuen Successores ins „Hausverlassungs-Buch eingetragen werden, und da der „Eigenthümer verstorben oder eine Veräusserung vorgenom„men, und davon keine Anmeldung im Rath, noch eine „Haus-Verlassung geschehen, davon im Rath zu Handha„bung Sr. Königlichen Majestät Verordnungen, alle Quar„tal specifique schriftliche Anzeige zu thun.

„Signatum Hannover, den 20. Febr. 1765."

(L. S.) Bürgermeister und Rath hieselbst.

affigirt Hannover, am 23. Febr. 1765.

Als daher die Königliche Justiz-Canzlei in Hannover, mittelst eines in Sachen Römeling contra Brandes am 14. Septemb. 1814, an den Magistrat erlassenen Rescripts verfügt hatte:

„so habt Ihr, behuf Adjudication und Umschreibung des „fraglichen Bürgerhauses terminum anzusetzen, sodann aber „nöthigenfalls auch in contumaciam damit zu verfahren, „den Beklagten und Käufer aber durch zweckdienliche Mit„tel Eurer Seits zur Gewinnung des Bürgerrechts anzu„halten,"

so wandte sich der Magistrat mittelst der Appellation an das Königl. Ober-Appellations-Gericht in Celle, welches am 23. Jan. 1815. erkannte:

Nachdem nun Implorant die abschriftlich beiliegende Gerichtsordnung vom 20. Febr. 1765. allhier producirt hat, in welcher versehen ist, daß vor Gewinnung der Bürgerschaft keine Hausverlassung, an einen, der noch nicht Bürger ist, gestattet werden solle; und jener am 23. Febr. 1765. affigirten Verfügung die Eigenschaften eines rechtsgültigen Statuti beizule-

Tom. III. obs. 206.

§. 1. „Ad hypothecam publicam in judicio constitutam approbatio judicis et confirmatio requiritur. Schil-

gen sind; solchergestalt aber Unser Rescriptum vom 10. Nov. a. p. darnach in soweit zu modificiren ist, daß der dortige Altstädter Magistrat ohne vorgängige Gewinnung des Bürger-Rechts, die Haus-Verlassungen in der Regel und in so weit in Unserer Constitution vom 9. Oct. 1704. keine gesetzliche Ausnahme zu befinden ist, zu gestatten nicht schuldig sey, so habt Ihr danach gedachten Magistrat fernerweit zu bescheiden.

B) Bei Hypothek-Bestellungen erfodert man aber

I. sofern einer solchen Hypothek die Kraft einer gerichtlichen beigelegt werden soll, daß selbige vor dem Gerichte bestellt seyn muß. *)

Dazu ist

a) die Gegenwart dessen, welcher die Hypothek bestellt, in der Regel erforderlich, es kann jedoch ein solcher, auch durch einen mit specieller Vollmacht versehenen Mandatarium erscheinen.

b) Muß dieselbe in der Versammlung des Gerichts, oder wenigstens in Anwesenheit des Syndici und Secretarii geschehen, welche zu diesem Zwecke commissionem perpetuam haben. Bei ausserordentlichen Veranlassungen kann solches auch coram deputatione geschehen, doch niemals in Gegenwart eines einzelnen Mitgliedes des Raths.

c) Das über eine solche Hypothek-Bestellung aufzunehmende Protocoll muß dem Collegio am nächsten Gerichtstage vorgelegt, und darüber, daß die Ingrossation im Stadt-Pfandebuche geschehen möge, decretirt, und daß solches geschehen sey, in dem Decrete, womit das Protocoll und die gerichtlich ausgefertigte, oder wenigstens mit der gerichtlichen Confirmations-Notul versehene, Obligation den Interessenten zugefertiget wird, ausdrücklich bemerkt werden.

*) Struben R. B. 1. Th. B. 18.

ter Exerc. 33 ad ff. §. 7. Schweder de auctor. publ. ad pign. seu hypoth. publ. constitut. necessaria §. 2. Quod dixi approbationem, id Schwederus c. l. et Harprecht in Diss. de pignore publico §. 13. expressit consensum judicis. Similiter habet Schaumburg in Comp. Jur. Digest. tit. de pignor. §. 4.

§. 2. Videamus, an in hypotheca proposita causae cognitio et forma judicii requiratur. Et formam judicii requiri, tenet Mevius P. VII. Dec. 179. Certe cau-

d) Die Ingrossation geschieht jedesmal, wenn das Concept der obgedachten Ausfertigungen signirt worden, auf welchem der Secretarius, dem die Führung des Hypotheken-Buches obliegt, ad marginem die geschehene Ingrossation bemerken muß: und erst, wenn dieses geschehen, darf der Gerichtsschreiber die Ausfertigung an die Partheien besorgen.

Die am 4. April 1744, 15. Septemb. 1750, 19. Jan. 1757 und 13. Febr. 1765 solcherhalb Magistratsseitig gemachten Gerichtsordnungen, werden hierunter um so mehr genau befolgt, als es ein vorzüglicher Gegenstand der Aufmerksamkeit des Magistrats-Collegii ist, die einmal eingeführte, eben so einfache als zweckmäßige Ordnung der Hypotheken-Bücher und Städtischen Catastrorum zu erhalten.

II. Hypotheken, welche auf bürgerliche Grundstücke außergerichtlich bestellt, und alsdann nur dem Gerichte angemeldet werden, haben nicht den Vorzug der gerichtlich bestellten. Sie werden zwar ingrossirt, allein mit der beigefügten Bemerkung, daß sie — wenn sie coram Notario et duobus testibus bestellt werden — als quasi publicae, und wenn sie privatim constituirt worden, als privatae im Stadt-Pfandbuche eingetragen worden."

Von dem Schwanze des Römischen Pfandrechts konnte man sich also so wenig hier als in Braunschweig rein halten! Das Römische Recht wurde hier aber nur der Schwanz und nicht der Kopf, wie meistens jenseit der Lüneburger Haide!

sae cognitionem intercedere oportere, ex eo conficitur, quod in omni confirmatione valida causae cognitione opus est. Corvinus Aphor. Jur. Canon. L. 3. tit. 41. §. 2. 5. Boehmer J. Eccles. Protest. T. I. L. 2. tit. 29. §. 3. Idque fraudis evitandae gratia quoque necessarium videtur, ne alias ex ipsa judiciali approbatione et confirmatione fraudes oriantur. Quod quidem secundum mores et statuta Lubecensium iisque locis, ubi constitutio hypothecae in Senatu vel judicio ejusque relatio in librum publicum requiritur, dubitationem item nullam recipit. Schweder c. l. §. 21.

§. 3. Ex quo quidem sua veluti sponte consequitur, si quidem cognitione causae opus est, peragendum esse totum negotium in ipso judicio et praevio judicis decreto, adeoque in statis diebus judicialibus et in pleno Senatu.

— — — — — — — — —

§. 6. Magistratus cujusdam civitatis hypothecis publicis in judicio constituendis formam praescripserat, ut debitor et creditor statis diebus judicialibus ad se accederent, utque gesta de constitutione hypothecae confecta toti collegio repraesentarentur, et deinde de relatione in librum publicum decerneretur. Visum est, hujusmodi formam utique valere, quia et rationi jurique communi conveniens esset, et praeterea, quoniam omnis hypothecae vis ab auctoritate Magistratus dependeat, qui dare vel negare consensum et auctoritatem possit, merito formae quoque constitutio ei relinquenda esset. Sed etsi antea de ea re constitutum non fuisset, de quo nihilominus contrarium ex noviori statuto apparebat, tamen eam for-

mam in antea constituta hypotheca observandam fuisse, placuit. Cum igitur creditores quidem probationi se offerrent, formam eam custoditam non fuisse, haec probatio a summo Tribunali admissa est in causa des Curatoris der Forkischen Kinder, Winklers, wie auch des Kaufmanns Dommes uxor. nomine contra den Weinhändler Meyer in Hannover, in puncto praeferentiae d. 21. Dec. 1754 hunc in modum: Weilen Appellat Meyer bey geschehener Zurückgebung seiner ältern Obligationen und Erlassung seiner vorigen Hypotheken den in der Forkischen Erstigkeits-Urthel ihm angewiesenen Platz anders nicht als aus der am 11. Maji 1750 bey Rathhause bestellten öffentlichen und gerichtlichen Hypothek behaupten kann, Appellaten aber mittelst derer von ihnen übergebenen Beweis-Articul und sonst auszuführen sich erboten, daß solche gerichtliche Hypothek denen Gesetzen und Verordnungen bey Rathhause gemäß nicht errichtet worden, mithin von keiner Kraft sey, sothaner Beweis auch allerdings für erheblich zu achten ist, als lieget Appellaten ob, bey nächstem Gerichts-Tage seine Notdurft, zugleich auf die in gegenwärtiger Instanz übergebene Beweis-Articul, als welche hiemit bis auf den Art. 2 et 3. welche von Amtswegen verworfen werden, ad probandum zugelassen werden, erlaubte Fragstücke einzubringen ꝛc. ꝛc. In restitutionis instantia circa statutum antecedens a. 1744 denuo dubitatio movebatur, urgebatur quoque, sed perperam jus hypothecae ex constitutione a. 1733. Summum autem Tribunal d. 31. Oct. 1755 decretum dedit hujusmodi: Weilen dasjenige, was wegen der öffentlichen und gerichtlichen Hypotheken in der Raths-Verordnung d. a. 1752 enthalten, den gemeinen Rechten gemäß ist, überdem auch Appellate die ältere Verordnung d.

a. 1744 nicht beygebracht, die nach der Landes-Verordnung d. a. 1733 zu verrichtende Anzeige aber, wenn solche gebürend geschehen, demselben zwar eine Hypothek an dem Hause, keinesweges aber eine öffentliche und gerichtliche Hypothek an des Cridarii Gütern mittheilen kann, inzwischen auch an dem Hause und übrigen Immobilibus der Forkischen Kinder demselben wegen ihres Mütterlichen und Großmütterlichen, und desfalls habenden hypothecae legalis vortreten und alles absorbiren würden : : : : : so findet das Restitutions-Gesuch keine Statt, sondern es hat vielmehr der Appellat seine etwanige Fragstücke und Gegen-Beweis nunmehro in proxima allhier einzubringen."

Dasselbe Präjudiz ist bey Ramdohr Th. 2. pag. 337. abgedruckt.

Dieser bemerkt, unter Citirung der obigen Observation, ausdrücklich, daß der in Frage stehende Magistrat der Magistrat zu Hannover, und daß das in Bezug genommene Statut von 1752 gewesen sey, was freilich nicht in dem Extracte, welchen wir in der Anmerkung haben abdrucken lassen, mit erwähnt ist, aber sowol ältere als neuere Statuten über diesen Gegenstand. — Alsdann stellt Ramdohr den Fall dahin:

„Es fragte sich, ob diese Verordnung (Statut) (von 1752) auf eine im Jahre 1750 vollzogene Hypothek zurückgezogen werden könne? Derjenige, welcher das Gegentheil behauptete, glaubte, es sey genug, wenn die privatim vollzogene Hypothek dem Magistrate nach der Verordnung de 1733 wegen der städtischen Güter zur Anzeige gebracht worden, um ihr den Effect einer öffentlichen und gerichtlichen mitzutheilen rc."

Der Hauptzweifel roulirte also, wie es scheint, nur darauf, ob das fragliche Statut auf frühere Fälle zu-

rückgezogen werden könne, wo angeblich ein ähnliches Statut nicht bestanden haben sollte? Dieß wurde bejaht, weil man aber alsdann in die Scheere des Satzes gefallen wäre, daß das Recht keine rückwirkende Kraft haben soll, so nahm man, aus der Scylla in die Charybdis fallend, den Entscheidungsgrund an, daß das Statut den gemeinen Rechten gemäß sey, und bewies dieß vorher als Grundlage aus den Schriftstellern, welche die Deutschrechtliche Hypothek vor Augen hatten.

Die zu entscheidende Frage bekam auf diese Weise für die juristische Geburtszange eine ganz verkehrte Lage, da sie hätte wol auf den Punkt gestellt werden sollen: ob die Altstadt Hannover zu der Zeit, als die fragliche Hypothek angemeldet worden, sich die Deutsche Art der Erlangung einer öffentlichen Hypothek, namentlich die Constitution in foro rei sitae, erhalten habe? War dieß der Fall, so fiel die Anmeldung von selbst zu dem obigen Behufe als kraftlos zu Boden; war es nicht der Fall, so konnte man einem spätern Statute keine rückwirkende Kraft beylegen, sondern das Röm. Recht trat von selbst ein, und danach gab die Anmeldung, wie wir annehmen, eine öffentliche Hypothek.

Alsdann vermied man auch die große Bedenklichkeit, ob der Magistrat, ohne ausdrückliche landesherrliche Genehmigung, welche schwerlich nach dem Inhalte des Extractes in der obigen Note vorhanden war, ein so wichtiges, dem Römischen Rechte derogirendes Statut habe geben können, was wir nicht annehmen, wohl aber, daß er sich nach den vorliegenden historischen Verhältnissen aus dem Mittelalter die Einrichtung hat erhalten können.

Auch scheint schon damals (1754) die ganze Gültigkeit des Statuts angefochten zu seyn, und nach dem Inhalte

der obigen Note geschah dieß hinsichtlich der Auflassung an einen Nichtbürger 1814 und 1815 wieder, und es erfolgten darüber contraire Sentenzen bey den Obergerichten, bis entschieden wurde, daß „der rc. Verfügung die Eigenschaften eines rechtsgültigen Statuti beyzulegen sind!"

Wie unglücklich ist man daran, wenn solche Fragen, als die Gültigkeit ganzer Statuten, und zwar der Hauptstadt, im Wege Rechtens durch alle spitzen dabey eintretenden Controversen, wo der Eine diesen, der Andere jenen Standpunkt nimmt, erst durchgefochten werden müssen, und wie heilbringend würde es seyn, wenn, wie schon meistens bey den landesherrlichen Verordnungen Gottlob der Fall ist, die sämmtlichen annoch geltenden Statuten im Lande endlich einmal geläutert und bestätigt zusammen herausgegeben würden! Es würde ja höchstens ein Quartband seyn. —

Soll der alte Rechtszustand bleiben, so ist dieß eine der ersten, der nothwendigsten und leichtesten Reformen.

Einen anderen unangenehmen Eindruck macht die obige Observation auch darin auf uns, daß es nach dem Inhalte der Sentenz scheint, als wenn freilich die Rechtsgültigkeit des Statuts angenommen, dagegen ein förmliches Beweisverfahren darüber zugelassen sey, daß die dem Statute vorgeschriebene Form zur Erlangung einer gerichtlichen Hypothek in dem fraglichen Falle nicht beobachtet sey. — Dieß mußte das Statut und eine vidimirte Abschrift des Hypothekenprotocolls und der Eintragung in das Hypothekenbuch dem Richter von selbst ausweisen, denn soll über jene Frage in jedem bestrittenen Falle ein förmliches Beweisverfahren offen gelassen werden,

und nicht vielmehr Gesetz, Hypothekenprotocoll und Hypothekenschein genügen, so würden wir jetzt, nachdem wir das Gesetz der Inscription eingeführt haben, die unglücklichsten Menschen von der Welt seyn, und wir thäten gut, das ganze Hypothekenbuch als einen sogenannten Aergerer (sit venia!) in das Meer zu werfen, wo es am tiefsten ist!

Indeß wir erwarten erst noch die gesetzlichen Vorschriften über den ganzen betreffenden Geschäftsgang. —

Belehrend ist es aber auch hier, zu sehen, wie sehr nothwendig es ist, streng an der Form der eigentlichen Constitution im Gerichte selbst festzuhalten, weil sonst sogleich keine Grenze mehr zu finden ist; denn aus dem Obigen, namentlich auch aus dem Extracte, werden drei Stufen fühlbar: 1) bloße Anmeldung und allenfallsige Ingrossation; 2) daß beide Interessenten die schon geschehene Bestellung der Hypothek dem Collegio zur Kenntniß bringen und über deren Ingrossation zuvörderst noch eine causae cognitio angestellt wird, mit Confirmation; wo ist hier die scharfe, sicher erkennbare Grenze? 3) Die ursprüngliche Constitution. Nur diese kann sie ergeben. — Eine Verfolgung dieser drei Stufen und ihres Ineinandergreifens, an der Geschichte des Hypothekenbuches der Stadt Hannover würde unsere Ansicht vielleicht mehr als alles Andere bestätigen. Indeß das Obige genügt schon!

Man sieht übrigens recht aus diesem Falle, wie die Vorschrift wegen der bloßen Anmeldung verstanden wurde, und wirkte. — Davon noch weiter unten. —

Auch hier ging der tenor sententiae dahin: daß die Anzeige zwar eine Hypothek, keineswegs aber eine öffentliche und gerichtliche mittheilen könne.

Wie paßt der Inhalt dieser Observation, fragen wir endlich, wenn man von dem Statute absieht, zu der l. 11. C. cit.?

§. 14.

Die obs. 176. Tom. IV. hat die Ueberschrift: Hypotheca, ad solius debitoris petitionem judicialiter ad effectum hypothecae judicialis confirmata, an creditori prosit.

„In concepta cautione debitor effecturum se receperat, ut hypotheca constituta judicialiter confirmaretur. Solus igitur ille judicem adiit et confirmationem impetravit, tum confirmatam cautionem creditori dedit. De jure hypothecae publicae ex eo dubitabatur, quod nec praesens creditor fuisset, neque ipse judicem de ea re adiisset. Sed debitor in eo procurator creditoris videbatur, qui ex mandato creditoris rem egisset. Sed etsi mandatum defecisset, tamen ratihabitio creditoris accesserat, quod cautionem recepit. Nam de eo quidem dubitari non potest, non suum debitorem negotium, sed creditoris gessisse, qui prospectum sibi ita esse vellet.“

Das Präjudiz ist von 1766.

Die Sache wurde, wie das nicht abgedruckte Rubrum ergiebt, wahrscheinlich zwischen Exemten verhandelt, welche an keine Anmeldung und Confirmation rc. statutarisch gebunden sind. Es genügten also unzweifelhaft die Grundsätze der l. 11. C. cit., und niemand wird danach wol das Vorhandenseyn einer öffentlichen Hypothek bezweifeln. Aber es ergiebt sich von selbst, daß nicht danach, sondern nach einem Theile des Begriffes der Deutschen Hypothek die Prüfung angestellt wurde, und da-

nach wurde virtualiter die Frage ventilirt, ob eine gerichtliche Constitution als dem Wesen nach vorhanden angenommen werden könne, da der Gläubiger nicht zugegen gewesen war. Hier nahm man seine Zuflucht zu der Fiction, daß der Schuldner auch als Mandatar des Gläubigers, mithin bey einem bilateralen Geschäfte in zwiefacher Eigenschaft aufgetreten sey, und da diese Fiction etwas bedenklich schien, so half man sich mit der Ratihabition, wo man aber aus dem Regen in die Traufe, in die negotiorum gestio nothwendig fiel. —

Ob die Confirmation in foro rei sitae geschehen, davon ist nicht die Rede, indeß ist dieß wol als gewiß anzunehmen.

Die Art der Confirmation — ad effectum hypothecae publicae — ist als Entscheidungsgrund in der Ausführung nicht ausdrücklich mit erwähnt; dieß leidet aber schon nach der Ueberschrift, als eine conditio sine qua non, keinen Zweifel, da ja schon Tom. II. obs. 160. (§. 10.) ausgeführt ist, daß die Confirmation allein den Charakter der Oeffentlichkeit nicht geben könne, und wenigstens eine Ratihabition der Confirmation bey dem Gläubiger immer anzunehmen ist, da er die Obligation in die Hände bekommt. —

Dort wurde aber die gerichtliche Constitution gefordert, und dasselbe scheint auch nach Tom. III. obs. 206. (§. 13.) der Fall seyn zu sollen; warum soll nun hier auf einmal die bloß einseitig von dem Schuldner geforderte Confirmation genügen, wenn sie in vim hypothecae publicae ertheilt ist?

§. 15.

Die obs. 198. Tom. IV. enthält bloß die Maxime, daß nach l. 11. C. cit. bey der hyp. quasi publ., hier vor drei Zeugen, wie auch wir annehmen, die Zeugen nicht allein das Instrument unterschreiben, sondern auch den Inhalt desselben kennen müssen, und die Entscheidung ist dahin gestellt, daß nur dasjenige als publicum angesehen werden könne, was dem Volke bekannt werde.

So war allerdings die ursprüngliche Publicität des Rechts und auch der Auflassung bey unsern Vorfahren, weniger bey den Römern, die einzige, welche wir als eine wahre anerkennen; ob aber der Kaiser Leo daran gedacht, als er 469 jene Constitution publiciren ließ, das müssen wir freilich bezweifeln.

Ferner ist bemerkt, daß bey allen öffentlichen Hypotheken der Zweck sey, daß man ersehen könne, wie weit die Güter des Schuldners schon mit Schulden belastet seyen. — Auch dieß ist schwerlich der Standpunkt des Röm. Rechts. —

Doch wir haben gegen die obige Entscheidung, welche eine alte und sehr verbreitete juristische Ansicht enthält, für sich selbst und schon nach Röm. Rechte, um deswillen nichts zu erinnern, weil der bloße zufällige Umstand, daß ein hypothekarisches Instrument drei Unterschriften hat, in der Materie nichts entscheiden kann, sondern nur dieses, ob die Unterschriften das Factum documentiren, daß drei oder mehrere qualificirte Zeugen bey dem Acte zugegen gewesen sind *).

*) Dieß ist auch schon hinsichtlich der Osnabrückschen Concurs=

Darüber hat sich Pufendorf weder hier noch in der gleich zu berührenden Animadversion 98 bestimmt geäußert, ob jener Umstand aus dem Instrumente selbst durchaus ersichtlich seyn müsse, oder ob noch ein desfallsiger Beweis zulässig sey; wie jetzt unser Recht und unsere Procedur liegen, kann man wol nur das Letztere annehmen.

Schwieriger möchte noch die Frage seyn, wem eventualiter, wenn der fragliche Umstand aus dem Instrumente nicht hervorgeht, im Läugnungsfalle die Beweislast zufällt; doch wol dem Läugnenden; und noch bedenklicher ist die Frage, ob der Hypothekenbewahrer auf diesen Punkt seine causae cognitio eintretenden Falls ex officio mit richten muß, wenn das Instrument im Uebrigen eine gleichsam öffentliche Hypothek ausweiset, was wir nicht annehmen, da die Präsumtion, bis zum Läugnen und zum Gegenbeweise, dafür ist, daß die Zeugen den unterschriebenen Act gekannt haben.

Hält man daran nicht fest, daß dieß genüge, so wird die Ingrossation oft gar nicht zu Stande kommen, wenigstens lange dauern. —

Von einer besondern Rogation der Zeugen ad hypothecae quasi publicae constitutionem ist hier nicht die Rede, so wenig als von der Nothwendigkeit des Gebrauchs des Worts öffentlich oder gleichsam öffentlich!

§. 16.

Wenden wir uns nun zu den Animadversionen desselben Schriftstellers, so gehört für unsere Zwecke nur hierher

ordnung landesherrlich declarirt. s. Hannöversche Juristische Zeitung. Th. II. Heft 1. pag. 115 u. 116.

die 98ste: De hypothecis publicis et quasi publicis.

Diese wiederholt (§. 1.) die in der letzten Observation ausgesprochene Ansicht über den Begriff publicum.

„Quod fieri vix aliter potest, quam ut vel ex publico programmate innotescat, vel gesta extent, quae unicuique pateant (!), veluti si in codicem vel librum publicum hypothecae constitutae referantur, vel in tabulariis publicis ordine dispositae asserventur.

§. 2. In imperio quidem Romano hypothecarum publicarum ratio videtur fuisse hujusmodi, ut gestis apud Officium publicarentur atque ita publici juris fierent, et innotescere cuivis ex populo possent.“

Dafür sind die Parerga von Conradi citirt (siehe oben §. 5.).

Auch wir bezweifeln die Nothwendigkeit der Ingrossation nach den Instituten des späteren Kaiserreichs nicht, dagegen ist es uns nicht bekannt geworden, wie weit die eigentliche Publicität bey jenen Instituten gereicht habe; jedenfalls sind diese nicht mit auf uns übergegangen, und die Notariatsordnung schweigt davon.

Alsdann ist §. 3. die Schädlichkeit der hypothecarum quasi publicarum gerügt und deshalb quantum fieri potest, in iis quoque servandum est, ut cuique ex populo patere possint, clandestinitate omni remota et fraude.

Ein schweres Unternehmen, und man sieht, daß die Gewichte nicht leicht werden sollen!

§. 4. „Et primum quidem de illo vix ambigitur, testes intelligi, qui subscribant. Ex quo conficitur,

nosse illos oportere, quid agatur, de quo testificentur. Resciscere igitur oportet, hypothecam vel generalem vel specialem constitui, et quis constituat et cui constituat, et quo die, et in quam summam, vel in quod debitum. Quamobrem praesente et rogante vel consentiente debitore vel recitandum integrum eis a tabellione instrumentum est, vel ipsi relegent, et de rei veritate debitorem interrogabunt. Quod tanto magis recipiendum est, quia nec publicum nec quasi publicum aliter intelligi ullo modo potest, sed clandestinum potius habendum est, quod ne tribus quidem illis testibus patefactum fuerit. Quamobrem recte se habet, quod Doctores sentiunt, convocandos testes esse, non ad vulgarem actus alicujus probationem, sed nominatim ad hypothecae quasi publicae constitutionem. Vid. Manzel de duob. vel trib. test. viris honestis S. 1. §. 2. Et de hoc quidem jam in Observatione CXCVIII. Tomi IV. tractavi."

Auch wir sind, wie schon bemerkt, der Ansicht, daß die Zeugen Kenntniß von dem Acte und dessen Inhalte haben müssen, ob aber im Uebrigen der ganze hier genommene Standpunkt, namentlich von der speciellen Rogation der Zeugen, richtig ist, könnten wir auf sich beruhen lassen, weil wir es aus Mangel von Rechtsquellen nicht wissen.

Eine Rogation wird gewissermaßen wol in so weit nöthig seyn, als sie zur Notiznahme des Actes und dessen Inhalts, wie bey jeder Unterschrift von Zeugen, erforderlich ist; wogegen wir es gänzlich in Abrede nehmen müssen, daß eine Rogation: „nominatim ad hypothecae quasi publicae con-

stitutionem“ aus der Stelle gefolgert werden könne, man müßte denn annehmen, daß der Kaiser Leo ein Prophet gewesen sey, welcher die Schicksale seiner Constitution habe vorhersehen können, und selten sind bekanntlich die Gesetzgeber zu gleicher Zeit Propheten. Es genügt, daß die Zeugen überhaupt damit bekannt gemacht werden, daß eine Hypothek constituirt werden solle, keineswegs ist es aber nothwendig, daß man ihnen sage: eine Quasi! Dieß ergiebt die Anzahl der Zeugen, und ihre Unterschrift *)! Unten werden die entgegengesetzten Präjudizien kommen.

Jener Satz, vereint mit der oben bereits analysirten obs. 197. Tom. I. hinsichtlich des animus, ist der Keim der ungeheuren Lehre, welche für das Hannöversche Creditwesen so verhängnißvoll werden sollte, daß keine hypotheca quasi publica, keine notarialis, und nach Einigen sogar keine judicialis anders die Kraft der Oeffentlichkeit gewinnen könne, „als wenn sie ausdrücklich von dem Schuldner ad effectum hypothecae publicae constituirt oder auf solche Weise auf deren Confirmation angetragen wird,“ ein Satz, welcher bis zu dem heutigen Tage wie eine wahre Lawine vorwärts schreitet, und gewiß dieß hat der Concipient der fraglichen Constitution nicht vorhergesehen!

Die Abhandlung von Manzel, die einzige angeführte Auctorität, ist zu Rostock 1742 erschienen, und nur als Quelle der obigen Ansicht von Bedeutung.

*) s. Oesterley Handbuch des bürgerlichen und peinlichen Processes für das Königreich Hannover, 2r Th. pag. 543 seqq., wo wir den §. 296. überhaupt mit unserer Analyse des Begriffs der öffentlichen Hypothek zu vergleichen bitten.

Sie handelt in der sect. I. §. 1. von der Nothwendigkeit der Constitution der gleichsam öffentlichen Hypothek vor den drei angeblich rechtlichen Männern; §. 2. von der Nothwendigkeit der speciellen Rogation ad hunc actum; und führt alsdann den Begriff der öffentlichen Hypothek, unter Zugrundelegung der Norddeutschen Statuten, im Sinne des Deutschen Rechts aus.

Auch sie ist ein schönes echantillon der Vermischung der Römischen und Deutschen öffentlichen Hypothek. Letztere lag dem Verfasser ja immer in Rostock vor Augen *).

*) Wir verdanken die Einsicht der obigen Abhandlung, welche sich zufällig nicht auf der Göttinger, aber auf der Kieler Bibliothek befindet, der Güte unsers theuren und gelehrten Freundes, des Herrn Prof. Dr. Ratjen in Kiel, des Verfassers der scharfsinnigen Abhandlung De Mora etc. Kiliae 1824., von welcher leider erst die Commentatio prior erschienen ist. Möge die Fortsetzung auch bald erscheinen! —

Jetzt über unsere schedae hypothecariae wieder kommend, fanden wir zu unserm Schrecken, daß wir, bloß aus unserm Gedächtnisse an einem fremden Orte operirend, jene Abhandlung, statt zu der fraglichen Stelle der Animadversionen, irrig zu obs. I. 197. excerpirt hatten, wo sie nicht citirt ist. Der Freund hat uns eine neue Verbindlichkeit auflegen wollen, indem er den locus quaestionis für uns abconterfeit. Hier ist also eine Hauptquelle unserer Hannöverschen Creditleiden vollständig:

Testes illi tres masculi sint, necesse est, sciant etiam illi quod non ad vulgarem actus alicujus probationem, sed „praecise ad hypothecae quasi publicae constitutionem sint vocati." Ea est omnium solennitatum natura, quod, qui ad easdem adhibentur, sciant, cur sint praesentes! B. Stryck. not. ad Brunn. proc. conc. cap. V. §. 45. monet, consultum esse, ut exprimant, se hypothecae constitutioni adfuisse: formulam praescribit in

Ferner ist in der Pufendorfschen Animadversion (§. 5.) die Qualität der Zeugen geprüft, was nicht hierher gehört, und §. 6 und 7. ausgeführt, daß hypoth. publ. und quasi publicae nur alsdann die Kraft der Oeffentlichkeit haben, wenn sie in derselben Deutschen Provinz consti-

caut. contr. sect. II. cap. 4. §. 2. Romani hinc perpetua utebantur formula: Quirites Licetne antestari! Rogatio testium circa testamenta famosa satis est: quod eadem requiratur ad alios actus haud vulgares, dissimulandum non erit. Patrinos circa baptisma: testes in actu benedictionis sacerdotalis invitandos esse specialiter, boni mores ecclesiae introduxerunt. Quae genius seculi apud nonnullos immutavit, suo loco relinquimus. Praeter rogationem et masculinitatem cives ejusdem reipublicae adhibuisse nulla jubet religio. B. Brunnem. Proc. conc. cred. cap. V. §. 45. addit: et debent in judicio recognoscere manum suam: sed hoc de casu emergente dubio accipimus tantum. Et tunc nihil quod singulare, se exserit.

Manzel ist also richtig von Pufendorf citirt, wogegen die von Manzel aus Strycks Werken citirten und von uns nachgesehenen Stellen nicht hierher gehören. Sie fordern nicht einmal die specielle Rogation!

Es reducirt sich also alles hinsichtlich der fraglichen Ansicht auf Manzels Auctorität, so viel wir wissen, und wie weit diese Auctorität in der Anwendung der Gelehrsamkeit auf die Verhältnisse des Lebens und die Geschäfte reichen könne, das ergeben Manzels von uns in Kiel perlustrirte Schriften und namentlich auch der obige §. 2.

Diese ganze Theorie von der intentio, dem animus, dem effectus, der vis hypothecae publicae constituendae gründet sich also nach Puf. 1. obs. 197. auf gar keine angezogene oder uns erinnerliche Auctorität, und bey der speciellen Rogation ad hypothecae quasi publicae constitutionem nur auf die obige!

tuirt sind, und dieß ist selbst auf den Fall ausgedehnt, wenn mehrere Provinzen (distincta territoria) denselben Landesherrn haben, so daß also danach eine im Bremischen constituirte öffentliche Hypothek ihren Charakter als solche im Calenbergschen wol verlieren würde. Unten wird das Gegentheil kommen, et hoc jure utimur, wenn nicht von Deutscher Publicität die Rede ist *).

„Quod juri quoque Romano conveniens esse videtur. Nam etsi olim quidem in libro De jurisdictione Germanica publicae hypothecae rationem in plenissima fide collocavi, tamen ab ea opinione recedo, et potius ita sentio, ut donationum et testamentorum insinuationem, ita hypothecarum publicam constitutionem factam esse Romae et Constantinopoli apud Magistrum census, in provinciis autem apud Rectorem provinciae vel magistratus municipales, ubi quisque degeret, vel bona sita essent, neque illud voluntariae jurisdictionis fuisse.“

Die Sache ist hier also aus dem Röm. Rechte demonstrirt, aber nicht entschieden, wie weit der Begriff der Provinz seyn solle; nach dem Schlusse kann man nur annehmen, daß der Jurisdictionsbezirk gemeint sey, und zwar entweder forum domicilii oder rei sitae, also beliebig.

*) s. declaratorische Verordnung vom 29. Octbr. 1822 über die Competenz der Gerichte rc. §. 2 u. 3., auf welche wir unten zurückkommen werden. Sie giebt die instrumenti factio (sit venia!) allen inländischen und selbst den auswärtigen Gerichten bey den Handlungen der jurisdictio voluntaria mera, zu denen die Hypothekbestellung im Sinne des Röm. Rechts mit gehört.

Der entschiedene Fall betraf aber nur eine in Heidelberg constituirte hypotheca quasi publica generalis. Darunter waren auch Immobilien im Lüneburgschen mit begriffen, welche also außerhalb des Territorii lagen. Das Pfälzer Landrecht Tit. 16. fordert auch außerdem bey Verpfändung von Immobilien, wenn nicht die gerichtliche Constitution, doch die Insinuation in foro rei sitae, wie auch schon Pufendorf bemerkt, und aus beiden und noch andern von uns nicht berührten Gründen, wurde der Hypothek der Charakter der Oeffentlichkeit abgesprochen.

Hier trat also nicht allein der Zweifel ein: kann außerhalb des Territorii gültig eine hypotheca publica und quasi publica constituirt werden, sondern auch die Controverse: Locus regit actum! Der Fall ist aber darum vorzüglich merkwürdig, daß ein bestimmtes Forum und sogar zur Constituirung öffentlicher Hypotheken, selbst in foro rei sitae! schon nach Röm. Rechte angenommen wird, da wenigstens unsere Rechtsquellen nichts davon sagen, und wir die von Pufendorf angeführten Nebeninstitute der l. 11. C. cit. nicht mit aufgenommen, sondern in der Notariatsordnung ein neues Institut bekommen haben, was jene Römischen Institute theilweise nur vertritt. — Danach ist aber weder forum domicilii noch rei sitae nothwendig, und dieß hat doch wol ein größeres praktisches Gewicht, als eventualiter die Parerga von Conradi.

Höchst wahrscheinlich und so gut als gewiß ist auch die ganze Ansicht schon nach der Römischen Rechtsgeschichte unrichtig.

Ferner konnte ja ein bestimmtes Forum wenigstens bey einer eigentlichen hypotheca quasi publica gar nicht vorkommen, und es mußte also auch im Römischen Reiche ganz einerley seyn, wo dieselbe constituirt

war. — Ob sie auch überall nur ingrossirt werden mußte, und zwar in einem bestimmten Foro, steht ja gleichfalls dahin, und ist gewiß nicht anzunehmen.

Hier ist also Pufendorf der Ansicht, daß die Constitution der öffentlichen Hypotheken schon nach Röm. Rechte nicht zu der sogenannten jurisdictio voluntaria mera (vergl. oben §. 11.) gehört habe. —

§. 17.

In der 1740 erschienenen Abhandlung De jurisdictione Germanica P. I. C. IV. §. 65 seqq. ist aber gerade das Gegentheil ausgeführt, (vgl. S. 86.) nämlich, daß die Bestellung der Hypothek zu der sogenannten jurisdictio voluntaria mera gehöre, und keine causae cognitio nach Römischem Rechte erfordere, weil auch der hyp. quasi publ. dieselbe Kraft beygelegt sey, mithin alles nur auf Beweis und öffentliche Auctorität ankomme; ferner daß, wenn nicht besondere Statuten eintreten, gerade in terris Brunsvicensibus (!) hypothecas alias coram quocunque judice non competente constitutas publicas et judiciales haberi!

Ferner ist angenommen, daß eine öffentliche Hypothek auch im Auslande und selbst vor dem ausländischen Richter, wenn er sich gerade im Inlande befinde, nach der Reichsobservanz bestellt werden könne. Früher war dieß wenigstens, wie Berger in Electis Disc. Forens. P. 2. pag. 28. bezeugt, unzweifelhaft der Fall, wo das heilige Römische Reich, wenigstens in der Idee, noch als ein Ganzes angesehen wurde. Die Rechtsdouane ist seit der Zeit aber bekanntlich auch etwas gewachsen, und die Idee eines besonderen Staates erhält nach allen Richtungen

und namentlich auch im Rechte und in der Legislation täglich mehr ihre Ausbildung und ihre Früchte *). —

Diese Controverse löst sich, wie wir glauben, sehr leicht, je nachdem man den Standpunkt nimmt. Geht man vom Röm. Rechte und der Notariatsordnung aus, wer will alsdann bezweifeln, daß die Bestellung der öffentlichen und natürlich noch mehr der gleichsam öffentlichen Hypotheken an keinen bestimmten Ort und an keine causae cognitio gebunden sey; geht man vom Deutschen Rechte aus, wer will alsdann bezweifeln, daß die Bestellung und eventualiter die Confirmation der öffentlichen Hypotheken an das forum rei sitae geknüpft sey, und eine causae cognitio, plus minus, wahrscheinlich nach dem relativen Quanto der legislativen Weisheit, erfordere? Beide Rechte sind aber gerade in dieser Hinsicht eben so unvereinbar, als dieselbe Größe nicht zu gleicher Zeit eine Plus- und eine Minus-Größe seyn kann.

So weit die Werke von Pufendorf!

*) Geschrieben 1829.

Dritter Abschnitt.

§. 18.

Wenden wir uns nun zu den Rechtlichen Bedenken von Strube, dem zweiten großen Gründer der Hannöverschen Praxis.

Mag immerhin seine Kenntniß des Römischen Rechts sich nicht über das Gewöhnliche erstrecken, seine Darstellung wenig belebt und etwas schwerfällig seyn; mag sein Urtheil mehr das Gepräge eines festen Verstandes, als eines eminenten juristischen Scharfsinnes tragen; er war einer der größten Kenner des Deutschen Rechts; alle späteren Germanisten verschmähten es nicht, auf seinen Schultern, vorzüglich hinsichtlich der bäuerlichen Verhältnisse, zu stehen, und das jetzige Geschlecht kehrt ja immer, wenn gleich oft nur stillschweigend, zu seinen Werken zurück, wenn von der, einstweilen noch etwas entfernten, Umgestaltung oder Ablösung der Lasten der Bauern die Rede ist. — Seine Geschäftsthätigkeit im Stifte Hildesheim beweist außerdem, daß er freisinnig und furchtlos war *),

*) Vergleiche jedoch mit dem Obigen hinsichtlich der späteren Ansichten von Strube das Urtheil unsers Freundes Stüve in des-

seine Vorschläge in den Nebenstunden über die Verbesserung des Justizwesens bekunden seine Mäßigung und seine praktische Einsicht in die damaligen Verhältnisse und Bedürfnisse; und gewiß es war ein großes Verdienst von Münchhausen, daß er diesen Mann so wie Möser in Zeiten erkannte, und beide an ihren naturgemäßen Platz zu stellen verstand.

Jener große Minister und sein jüngerer Zeitgenosse und Nachbar, der Herr v. Fürstenberg in Münster, dessen Andenken seine Landsleute, und auch Dohm und Göthe, schon längst mit unauslöschlichen Zügen in das Buch der Geschichte eintrugen, waren in der für ihre Stellung nothwendigsten Eigenschaft gleich groß, in der seltenen Naturgabe, die Menschen in ihrem wahren Werthe, in ihrem Streben und in den wahrscheinlichen Erfolgen ihrer Thätigkeit schnell und sicher zu erkennen, so wie in der Kraft des Charakters, diese Erkenntniß in den gegebenen Verhältnissen geltend zu machen. — Alles, was sie erreichten, erreichten sie durch das Gewicht, was sie auf die Persönlichkeit des Individuums legten, und ihnen waren die Menschen keine fungibele Sachen, wie ein späterer Deutscher, jedoch nicht Hannöverscher, Staatsmann gesagt haben soll. Die Rache folgte ihm auf dem Fuße, indem er eine zum Theil unbrauchbare Dienerschaft schuf. Daneben verstanden jene Staatsmänner mit Wenigem, wie es jene Zeit ja nur erlaubte, so viel auszurichten, daß die Nachwelt mit

sen inhaltsschweren Schrift: Ueber die gegenwärtige Lage des Königreichs Hannover. 1832, pag. 26. 78. Sie wird ihre Tadler und ihre Lobpreiser überleben. — Indeß scheint Strube bona fide und wenigstens eines höheren geistigen Einflusses sich nicht bewußt gewesen zu seyn. Auch sein Unglück bestand darin, daß er keine höhere allgemeine Bildung hatte, und in einer beschränkten Zeit lebte.

freieren Händen und größeren Mitteln noch lange von ihrem Capitale zehren konnte, und daß die größten Revolutionen die wohlthätigen Spuren ihrer Wirksamkeit noch nicht zu verwischen vermochten.

Sahen wir einige Deutsche Territorien noch vor kurzem bedenklich erschüttert, gewiß die Ursachen waren alt, vielfach und gewichtig, zum Theil außer dem Bereiche der gesammten Regierungskräfte, ohne Zweifel gehörte aber auch dazu hie und da die Geringschätzung bedeutender Persönlichkeit, und der thörichte Glaube, welcher sich nach der Vertreibung der Franzosen auf eine ächt materialistische Weise und wol nicht ganz ohne weiteren Plan festsetzte, ohne sie etwas schaffen zu können, und von ihrer Mißbilligung und geistigem Veto nichts zu fürchten zu haben. Die Germanischen und Romanischen Völker werden auf die Dauer gewiß nur durch den Geist und durch die Geister regiert, und die definitive Lösung des Räthsels unserer geistigen Verwickelungen wird dieß demnächst schon ausweisen. —

§. 19.

Bey dem Extracte der Strubenschen Bedenken legen wir die neue Ausgabe des Herrn O. A. Raths Spangenberg in Celle vom Jahre 1827 zu Grunde. Der Herr Herausgeber hat sich dadurch ein neues Verdienst um die gelehrte Welt erworben.

Die Materie steht Bd. 1. pag. 416 seqq.

Das 267. Bedenken (I. 18.) hat die Ueberschrift: Die Bestellung einer gerichtlichen Hypothek kann auch vor den Gerichten geschehen, denen das verschriebene Gut nicht unterworfen ist.

„Nach den römischen Rechten ist die gerichtliche Verpfändung ein Actus voluntariae jurisdictionis, welcher vor einem Richter geschehen kann, dem das verpfändete Grundstück nicht unterworfen. Der Hypothecae publicae wird nur deswegen eine mehrere Kraft beigelegt, als der privatae, weil sie weniger verdächtig ist, daß dabei Unrichtigkeiten vorgegangen a). Der Judex incompetens verdient aber so vielen Glauben, als der competens. Verschiedene Landesordnungen erfordern zwar, daß die Verpfändung vor dem Judice rei sitae geschehe, bei dem man Unterricht erlangen kann, ob auf dem Gut bereits Schulden haften, und von welchem Werth es ist. Die Chur-Braunschweigischen Landesconstitutionen vom 6. Oct. 1712, 13. Jan. 1733 und 17. Aug. 1739, verordnen auch, „daß keine unbewegliche Bürgergüter an jemanden ohne Vorwissen und vorhergegangene Anmeldung an die ordentliche Stadtobrigkeit, unter deren Jurisdiction, oder in deren Feldmark das zu veralienirende Stück belegen, veräußert, verkauft, versetzt, den Töchtern in dotem mitgegeben, oder sonst einiges Jus in re, unter was für einem Vorwande solches auch geschehen mag, transferiret werden solle b).“ Allein dieses Gesetz handelt 1) von keiner Constitutione hypothecae publicae, sondern von einer Anmeldung, welche bei der Stadtobrigkeit geschehen soll *). Ohne selbige ist die Verpfändung kraftlos. Sie wirkt aber kein Pfandrecht. Um ein Jus reale zu erlangen, muß die Hypothek

a) Boehmer de Praerogativa hypothecarum publicarum Cap. 2. §. 10. Leyser Spec. 230. Med. 3.

b) Chur-Braunschweigische Landesordnungen Cap. 2. pag. 633. 650. 897.

*) Auch das O. A. Gericht in Celle hat stets eben so erkannt, namentlich noch 1824 in S. Nordheim c. Brunstein. Anm. d. H.

besonders constituiret werden, und die Verordnungen setzen voraus, daß es daran nicht mangelt. Daher wenn dem Gläubiger eine Hypotheca privata bestellt worden, und er solche ingrossiren läßt, sie dadurch in keine Hypothecam publicam verwandelt wird. Bürgermeister und Rath der Alten-Stadt Hannover haben in Sachen Maswedel wider Meier also erkannt, und ihr Spruch ist von der Königl. Hannöverschen Justizcanzlei 1760 bestätigt. Ferner erfordern besagte Verordnungen 2) nur wegen bürgerlicher Güter, die Ingrossation.

Zwar sollen vermöge Constitutionis vom 4. April 1620, „alle und jede Ehestiftungen, Kaufbriefe, Theilungsrecesse und Verträge unter der Bauerschaft auf dem Lande entweder vor den Officiren und Beamten aufgerichtet und beschlossen, oder doch, so bald dieselbe von den Partheien betheidigt und beliebt, den Beamten offenbaret, und den Amtsbüchern, um künftiger Nachricht willen, einverleibt werden c).“ Dieses aber wird nur von den Bauern erfordert, weil man vermuthet, daß sonst ihre Verträge nicht deutlich genug, und dergestalt gefasset werden möchten, daß sie bestehen können. Andern bleibt unverboten, in ihren unter der Aemter Gerichtsbarkeit belegenen Gütern vor andern Gerichten jemand eine Hypothecam publicam zu bestellen. Als demnach in Sachen von Lüde wider einige Wisselsche Creditores in Zweifel gezogen wurde, daß die vor dem Hannöverschen Stadtmagistrat geschehene Verpfändung eines im Amt Langenhagen belegenen Gartens Hypothecam publicam wirke, erkannte die Königl. Hannöversche Justizcanzlei am 14. Jun. 1758, „daß auf den Wisselschen Garten, wenn auch selbiger kein Bürgergut,

c) Chur-Braunschw. Landesordn. Cap. 5. pag. 53.

dennoch bei Burgermeister und Rath hieselbst, als der ordentlichen Obrigkeit des Cridarii, eine Hypothek wohl bestellt werden mögen."

In eben dieser Sache wollte man behaupten, daß weil, wegen der obangeführten Constitutionen, die Versetzung bürgerlicher Güter, welche in der Städte Jurisdiction, oder in deren Feldmarken belegen, kraftlos sind, wenn sie dem Magistrate nicht gemeldet worden, die dem von Lüde vor dem Amt Langenhagen geschehene Versetzung des in demselben belegenen Wisselschen Gartens ganz nichtig sey. Weil aber nicht alles, was einem Bürger gehört, bürgerliches Gut ist, sondern nur dasjenige, so sich in dem Catastro der Stadt findet, und wovon sie etwas zu erheben hat, maßen die Absicht des Gesetzgebers dahin geht, die Städtische Catastra nicht confundiren zu lassen, und den Nachtheil der Cämmereien abzuwenden, denen es ganz unschädlich ist, wenn eines Bürgers Gut ohne Vorbewust seiner Obrigkeit verkauft wird, dafern dieser nicht das mindeste Recht daran zusteht, so wurde von der Königl. Hannöverschen Justizcanzlei mittelst der eben erwähnten Urtel auch erkannt, „daß weil nicht dargethan, daß der Wisselsche Garten ein bürgerlich Gut, mithin die der von Lüden Erblasser (?) in selbigem bestellte Hypothek null und nichtig sey, die Wisselschen Kinder mit den Paraphernalgeldern in Ansehung solches Gartens und der daraus gelösten Gelder nicht vorzusetzen" *)."

*) Die von dem Verf. in diesem Bedenken aufgestellte Ansicht fand anfangs auch bei von Pufendorf Tom. III. obs. 53. 54. Billigung, indessen trat derselbe von seiner Meinung, daß die Bestellung einer gerichtlichen Hypothek als ein actus jurisdictionis voluntariae merae zu betrachten sey, in den Animadv. 98. zurück. (vergl. oben §. 11. 16. 17., wo die be-

(Auf den Sinn der städtischen Verordnungen hinsichtlich des Hypothekenwesens, so wie der Königl. Verordnung vom 29. Octbr. 1722 werden wir noch unten zurückkommen).

Die Ansicht von Strube hinsichtlich des Effects jener Verordnungen auf den Charakter der Hypothek stimmt also ganz mit der von Pufendorf Tom. III. obs. 180. 206. überein, wogegen hinsichtlich der Competenz bey der Bestellung der Hypothek diese zur jurisdictio voluntaria mera nach Römischer Ansicht mit Recht gerechnet wird.

Daß die Entscheidung aus dem Standpunkte des statutarischen Rechts der Stadt Hannover richtig sey, ist schon oben bemerkt, so wie daß das Princip nach unserer Ansicht nicht richtig sey nach den Grundsätzen des Römischen Rechts.

Die Stadt Nordheim hat, so viel uns bekannt ist, außer den obigen Verordnungen und der vom 26. Januar 1753, welche dieselbe Tendenz hat, kein besonderes statutarisches Recht in dieser Hinsicht; das Römische Recht normirt. —

Man bemerke gütigst in legislativer Hinsicht, in welchem Verhältnisse die Verordnungen über das städtische

treffenden Stellen der Pufendorfschen Werke analysirt sind.) S. auch v. Bülow u. Hagemann pract. Erörter. Th. II. nr. 43. Dagegen hat das O. A. Gericht zu Celle noch im Jahre 1801 die Strubesche Ansicht getheilt. v. Ramdohr jurist. Erf. Th. II. S. 340. Seit 1822 kann jedoch kein Bedenken darüber obwalten, daß nur die zweite v. Pufendorfsche Ansicht zu befolgen sey; indem die Verordnung vom 29. Oct. 1822. §. 1. die Bestellung einer gerichtlichen Hypothek zu den actibus jurisdictionis voluntariae mixtae gerechnet wissen will, und mithin den judex rei sitae für allein und ausschließlich competent erklärt. Anm. d. H.

Letzteres werden wir unten speciell prüfen.

Grundeigenthum zu der citirten Bauernverordnung stehen; dort ist der Standpunkt aus dem foro rei sitae und bloß in dinglicher Hinsicht genommen, hier bloß nach dem status hominum. —

Ob die Erwirkung der Ingrossation, oder gar der Confirmation, oder keine von beiden den Interessenten hinsichtlich der städtischen Grundstücke vorgeschrieben sey, davon noch unten.

§. 20.

Bedenken 279. (II. 45.)

Ob eine Ingrossation ohne des Schuldners Bewilligung geschehen könne?

„Man möchte zwar dafür halten, daß die Ingrossation, welche die Verordnung von 1712 erfordert, wovon in des I. Th. XVIII. und CLII. Bed. (CCLXVIII. und XCVII), auch II. Th. XXXVI. Bed. (CCCCXXXIV.) gehandelt worden, ein Gläubiger ohne Zuziehung des Schuldners ausbringen könne, weil, da dieser in die Verpfändung gewilligt hat, er nicht behindern möge, daß sie zu jedermanns Wissenschaft gebracht, und dem Gläubiger alle mögliche Sicherheit verschafft werde. Allein es macht sich derjenige, welcher gegen Bestellung einer Privat-Hypothek Geld anleiht, dadurch nicht verbindlich, solche gerichtlich bestellen zu lassen. Mancher will nicht, daß man wisse, was er schuldig ist, und sein Credit ist dergestalt beschaffen, daß er Geld überkommen kann, ohne die Capitalien ingrossiren zu lassen. Der Gläubiger mag also solches nur alsdenn wider seinen Willen begehren, wenn nach geschehener Loose die Zahlung nicht erfolgt. Mevius Part. VIII. Dec. 125. behauptet, inscriptionem facere sine debitoris scitu et voluntate juri atque rationi

contrarium esse, und er schreibt ad Jus Lubec. Part. III. Tit. 4. Art. I. n. 37: Si creditor solus, non adhibito debitore vel ejus procuratore, hypothecam sibi ab eo constitutam alleget, et actis publicis insinuari petat, etsi instrumentum cautionis exhibeatur, ne inscio et absenti praejudicetur, non interponere debet auctoritatem magistratus, antequam debitorem audiat, an consentiat, et an non exceptionem justam habeat a)."

Das Recht liegt also nach der Ansicht von Strube hinsichtlich der fraglichen Städte in folgenden Umrissen: Ohne Anmeldung, oder gar, wie hier Strube und auch das Königl. O. Appell. Gericht die Verordnungen verstehen, ohne Ingrossation, ist keine Hypothek vorhanden; sie giebt keine öffentliche Hypothek, und dennoch kann die Anmeldung nicht einseitig von dem Gläubiger geschehen.

Indem also der Schuldner eine Privathypothek constituirt, thut er es dennoch virtualiter nicht, weil sie ohne seinen Willen auch als bloße Privathypothek keine Kraft gewinnen kann.

Es könnte also indirecte mit wirklichem Effecte überall kein Privatpfandrecht an städtischen Grundstücken erworben werden, sondern der Gläubiger müßte sich immer ein öffentliches Pfandrecht bestellen, oder wenigstens den

a) S. auch Harpprecht de Pign. publico, §. 13. Stryck de Obligatione feudali consensu munita, C. 3. n. 56. (Auch nach Justinianischem Rechte konnte die Insinuatio ad acta nur mit Genehmigung des Schuldners geschehen, (si liberam allegandi Gestis municipalibus licentiam tribuisset). S. meine Tabulae negotiorum solemnium jur. Romani. S. 46.) Anm. d. H.

Schuldner ausdrücklich in die Anmeldung der Privathypothek consentiren lassen, wenn ihm auch nur ein Privatpfandrecht und die einseitige Möglichkeit dessen Anmeldung genügt hätte. Sollte man denn diese nicht mittelst einer Klage erwirken können, so gut als nach der Behauptung Vieler die Confirmation nach der Bauernverordnung vom 4. April 1620?

Die Verordnungen sprechen außerdem nur vom Anmelden, wie auch Strube in dem vorigen Bedenken annimmt, nicht von Ingrossation durch die Contrahenten, sondern ex officio, und würden sich nach dem Obigen in einem wunderlichen legislativen Cyklus herumdrehen.

Die obige Ansicht scheint auch gegen den Inhalt des oben abgedruckten Bedenkens anzustoßen, wonach der Gläubiger nur keine öffentliche Hypothek durch bloße Ingrossation gewinnen soll. — Gewiß stößt sie aber gegen Pufendorf (Tom. III. obs. 180. §. VII.) (vergl. S. 61.) in dieser Hinsicht an, auch gegen Hagemanns Ansicht.

Die Stellen aus Mevius passen nicht gut hierher, weil dieser von dem Begriffe der Deutschen Hypothek und dem Deutschen Stadtbuche ausgeht, und eben so wenig die citirte Stelle aus Harprecht, welcher gleichfalls denselben Begriff und die auctoritas et consensus des Magistrats zu Grunde legt, und sich auf Mevius und die Sächsischen Juristen stützt, welche auch die Deutsche, in ihrem Lande erhaltene, Hypothek vor Augen hatten. —

Daß eine Deutschrechtliche Hypothek nicht einseitig erlangt werden könne durch Inscription einer Schuld oder Privathypothek, ist von selbst klar.

Auch die in der Note citirte Stelle aus Stryck scheint uns nicht hierher zu gehören, denn sie handelt nur davon,

theils daß der Gläubiger ohne des Schuldners Zustimmung den lehnsherrlichen Consens zu einer Schuld nicht auswirken, und diese dadurch in eine hypothekarische nicht umwandeln, theils überhaupt, daß nicht durch einseitige Inscription einer Schuld eine gerichtliche Hypothek erlangt werden könne. — Die Stelle geht höchstens so weit, daß eine Privathypothek durch einseitig vom Gläubiger erwirkte Inscription nicht zur gerichtlichen werde, was wir niemals behaupten werden, sondern nur dieses, daß eine öffentliche Hypothek im Sinne des Röm. Rechts in beweisender Form da einseitig ingrossirt werden könne, wo keine Deutschrechtliche Hypothek existirt.

Will man aber nicht annehmen, daß die fraglichen städtischen Verordnungen eine öffentliche Hypothek durch die bloße Anmeldung bezwecken; so darf man bey der Anmeldung auch deren Requisite nicht erfordern, da sie nicht sagen, daß nur eine öffentliche Hypothek an den fraglichen städtischen Gütern gewonnen werden solle, wie auch Strube nach dem ersten abgedruckten Bedenken anzunehmen scheint. Er geräth aber mit sich selbst in Widerspruch, indem er in jenem Bedenken die Ansicht aufstellt, daß die Anmeldung bloß die Existenz und den schon vorhandenen Charakter der Hypothek bedinge, in dem zweiten abgedruckten Bedenken scheint er dagegen anzunehmen, daß die mit Bewilligung des Schuldners geschehene Ingrossation auch eine bloße Privathypothek zur gerichtlichen mache.

Wir kommen noch unten hierauf zurück.

Eben so wenig enthalten die Römischen bey uns geltenden Rechtsquellen etwas über den fraglichen Gegenstand; nicht einmal die Röm. Rechtsgeschichte kennt die clausula intabulandi, da bey den Römern alles nur darauf ankam, ein öffentliches Instrument zu gewinnen, und

ein solches bey ihnen durch die Aufnahme des Geschäfts in die Ingrossationsbücher allein gewonnen werden konnte, während bey uns die clausula intabulandi sehr oft noch in oder neben einem öffentlichen Instrumente zu dessen Ingrossation nöthig ist.

Wir kommen auch hierauf unten im §. 43. zurück.

Uebrigens ist dieß die erste ganz deutliche Hindeutung auf die clausula intabulandi, obgleich nur in Beziehung auf die fraglichen städtischen Verordnungen und die Privathypothek, und mehr der Materie als der Form nach.

§. 21.

Bedenken 270. (II. 109.)

Von Bestellung einer gerichtlichen Hypothek.

„Es ist zwar zu vermuthen, daß wenn der Schuldner eine dem Gläubiger bestellte Hypothek von der Obrigkeit bestätigen läßt, er ihm alle mögliche Sicherheit verschaffen, und also auch das Seinige gerichtlich verpfänden wolle, wie denn sonst die Confirmation geringen Nutzen bringt a). Die Chur-Braunschweigischen Gerichte erfordern jedoch, daß solche in vim constitutae hypothecae publicae ertheilt sey, und halten dafür, daß die bloße gerichtliche Bestätigung eine Hypothecam privatam in publicam nicht verwandele b). Die Obrigkeit kann aber bestimmen, welcher-

a) Lauterbach C. T. P. Tit. de Pignoribus, §. 46. Stryck de Cautelis contractuum, Sect. 2. c. 4. §. 2. J. S. Stryck de Confirmatione Principis, c. 3. §. 25. Leyser Spec. 231. Med. 3.

b) Pufendorf Tom. II. Obs. 159. 160. (v. Bülow u. Hagemann Th. II. nr. 43. Th. IV. nr. 59. S. 302. Th. V. S. 275. Th. VI. S. 299.)

gestalt solche Constitutio geschehen soll, und sie vor dem Actuario verrichten lassen, welcher alsdenn ein Judex delegatus ist c). In Sachen der Rubischen Erben, wider den Zellerfeldischen Kirchenrechnungsführer Eckert wollte von diesen mittelst Beibringung verschiedener gerichtlicher Zeugnisse behauptet werden, daß in den Communion-Harzischen Bergstädten es beständig also gehalten, und ohngezweifelter Observantiae sey, daß wenn jemand vom Actuario des Stadtgerichts eine Obligation ausfertigen, darin Häuser, Braugerechtigkeiten, oder andere unter des Stadtgerichts Jurisdiction belegene Immobilia und Güter zur Hypothek verschreiben lässt, auf der Debitorum Verlangen die darin geschehene Schuld- und Pfandverschreibung von Richter und Rath confirmiret, und die gerichtlich constituirte Hypothek in das gewöhnliche Hypothekenbuch notiret worden, die in einer solchen Obligation constituirte Hypothek jederzeit pro hypotheca publica gehalten und erkannt, auch die auf solche Obligationes fundirte Forderungen bei vorgefallenen Concursibus in den Prioritäts-Urtheilen an Ort und Stelle der publiken Hypotheken allemal lociret worden. Weil aber die mehrsten Zeugnisse keine besondere Erkenntnisse namhaft machten, so erfolgte 1761 ein Urtheil dieses Inhalts: „Daß Appellat mittelst gerichtlicher Zeugnisse oder sonst mehrere Erkenntnisse beizubringen schuldig, welche ergeben, daß in den Communion-Bergstädten, besonders aber zu Zellerfeld, wenn die Obligationes, in welchen Immobilia verpfändet sind, vom Stadtschreiber ausgefertigt, dem gewöhnlichen Hypothekenbuch einverleibt, und auf der

c) Pufend. Tom. III. Obs. 260. §. 4. 6. Schweder de Auctoritate publica ad pignoris seu hypothecae publicae constitutionem necessaria, §. 2. 17.

Schuldner Begehren von der Obrigkeit bestätigt sind, alsdenn die Gläubiger mit solchen Forderungen an Ort und Stelle der Hypothecarum publicarum collociret worden, und ergehet darauf ferner was Rechtens". "

Ueber die Folgen der Confirmation hinsichtlich der Oeffentlichkeit der Hypothek haben wir uns schon oben ausgesprochen.

Der Vordersatz, von welchem man bey der Entscheidung ausging, war also dieser, daß die nicht ausdrücklich in vim hypothecae publicae erbetene und ertheilte Confirmation und Ingrossation die Kraft der Oeffentlichkeit nicht gebe, und es wurde nicht für genügend gehalten, daß der Schuldner die Confirmation erbeten hatte.

Ferner wurde der Stadtschreiber für sich, ohne Delegation, nicht für competent gehalten öffentliche Hypotheken aufzunehmen, was nach Deutschem Rechte certo certius, nach Römischem Rechte aber um so mehr zu bezweifeln ist, weil er das jus actorum hat. — Sowol Pufendorf als namentlich auch Schweder (in s. Abh. §. 17.) sind bey der Forderung der Delegation von den Grundsätzen des Deutschen Rechts ausgegangen, wie die Prüfung der angeführten Stellen ergiebt. —

Eben so gewiß ist es, daß diesem Bedenken lediglich die Maximen des Deutschen Rechts zu Grunde liegen, da es entweder die confirmatio in vim hyp. publ. oder die Constitution der Hypothek selbst, und zwar auf das strengste, im Gerichte, erfordert, und auch dem Römischen Rechte überhaupt eine gerichtliche Hypothek in diesem Sinne, und in deren Gegensatze gegen eine bloße öffentliche fremd ist. —

So wie der Ausdruck gerichtliche Hypothek vorkommt, so kann man sich darauf verlassen, daß die öffentliche Hypothek des Deutschen Rechts gemeint ist. —

Auch ist dieses noch zu bemerken, daß das Interlocut nicht dahin gestellt wurde, daß der Stadtschreiber entweder ein für alle Mal, oder, falls solches behauptet worden, für den vorliegenden Fall, zur Aufnahme der Hypotheken verfassungsmäßig deputirt sey, sondern auf die geschehene Classification solcher Hypotheken. Auch sollte in Gemäßheit der Deutschen und namentlich der Hannöverschen Praxis, welche bey dem Beweise eines Gewohnheitsrechts nach unserer Ansicht irrig von den Grundsätzen des Beweises eines gewöhnlichen Factums und nicht von dem Standpunkte der alten Deutschen Art der Rechtsfindung ausgeht, die behauptete Observanz nicht durch ein generelles Attestat des Gerichts, sondern durch einzelne Prioritätserkenntnisse erwiesen werden.

Es sollte ferner im Wesentlichen eine Modification des Deutschen Rechts bewiesen werden, daß die Confirmation und Ingrossation zum Charakter der Oeffentlichkeit genüge, da doch die l. 11. C. cit. unzweifelhaft das allgemeine Landesrecht war, und doch auch wol in Zellerfeld die notariales und quasi publicae hypothecae die Kraft der Oeffentlichkeit haben. —

Ein Officiant des Königl. Bergamts zu Clausthal versichert uns noch so eben ausdrücklich, daß in den vier sogenannten Communionbergstädten, zu welchen Zellerfeld gehört, in der fraglichen Hinsicht lediglich das Römische Recht gesetzliche Kraft habe, und daß die oben erwähnten Verordnungen über die städtischen Grundstücke, so wie die Lüneburgsche Policeyordnung vom 6. Oct. 1618 daselbst nicht gelten, weil sie nicht besonders für jene Städte

mit gegeben, noch daselbst besonders recipirt seyen. Ein anderer Officiant bestätigt es, daß daselbst in pto venditionis et hypothecae lediglich das Röm. Recht gelte.

Im Wesentlichen stimmt die obige Ausführung mit der Pufendorfschen obs. 176. Tom. IV. (vgl. S. 77.) überein, nämlich daß die Confirmation in vim hypoth. publ. geschehen muß; in den Nebenumständen ist sie dagegen gar sehr verschieden.

Der geneigte Leser messe aber gütigst die ganze Tiefe des Abgrundes ab, in welche jene Ausführung die Sache wirft; in Zellerfeld gilt in der betreffenden Materie lediglich das Röm. Recht, ohne die fraglichen städtischen Verordnungen, und dennoch soll es keine öffentliche Hypothek seyn, wenn die Hypothek vor dem Stadtschreiber bestellt, wenn sie auf Begehren des Schuldners von dem Stadtgerichte bestätigt und in das Hypothekenbuch eingetragen, mithin dreifache Ladung vorhanden ist! Was ist denn eine öffentliche Hypothek in Sachsen oder Hessen, wo man ja an dem Brocken der Auflassung, der Confirmation, festgehalten hat! Die Publicität sollte erst alsdann vorhanden seyn, wenn der Zauberspruch: in vim hyp. publ. hinzugefügt sey!

Noch trauriger ist es aber, daß über solche Dinge auf Beweis erkannt wird! Denn galt das Römische Recht, gut! Galt das Deutsche Recht, wieder gut!

Ferner ist dieß Bedenken der deutlichste Beleg von der Ohnmacht des Römischen Rechts gegen den Instinct der Nation.

Wir Deutsche sind doch wunderliche Leute, und es ist nicht zu verwundern, daß wir keinen Schritt vorwärts kommen.

Alles unbeschadet des großen Respects, welchen wir vor Struben haben!

Die Nebenstunden von Strube enthalten über den fraglichen Gegenstand in keiner Hinsicht etwas.

Vierter Abschnitt.

§. 22.

Wenden wir uns nun zu den praktischen Erörterungen von Bülow und Hagemann, einer Sammlung von Rechtsfällen, welche viel Verständiges und Schätzbares enthält, und wenigstens früher fast eine gleiche Auctorität bey den Hannöverschen Praktikern, wie einst die Sententiae receptae des Paulus bey den Römischen Juristen hatte, aber diese, die leider verstümmelten, weder an Präcision, noch an Eleganz, noch an Schärfe des Urtheils, noch an juristischer Tiefe, noch an sonst etwas Anderem erreicht, worüber sie sich hoffentlich leicht wird trösten können, da jenes wahre Ideal von Rechtsfällen von einem neueren Juristen niemals wieder erreicht ist, noch erreicht werden wird, noch erreicht werden kann. Mit Recht sagt schon das Citirgesetz von ihm:

Pauli sententias — semper valere praecipimus!

Ein Ausspruch, welchen die Nachwelt bewährt hat!

Doch Ruhe der Asche des guten Hagemann; er hat dennoch sehr große Verdienste um das Land; welche umfassende Thätigkeit, welcher Umfang von Kenntnissen, welcher

Gemeinsinn! und im Deutschen Rechte auch gar manches Neue und sehr Schätzbare *).

Hören wir zuvörderst die Erörterung 43. Th. 2.

Die von Amts= und Gerichtswegen confirmirten Schuld= und Pfandverschreibungen verwandeln eine Privat= nicht immer in eine öffentliche Hypothek.

„Es pflegt sehr häufig zu geschehen, daß Schuld= und Pfandverschreibungen, ohne daß darin von der Bestellung einer öffentlichen Hypothek ausdrücklich etwas gesagt, noch von dem Schuldner gerichtlich erklärt worden ist, daß er eine öffentliche Hypothek bestellen lassen wolle, den Aemtern, Gerichten, oder auch blos den Notarien, zur Confirmation überreicht werden. Man lies't die Verschreibung darauf den Partheyen vor, und pflegt sich sehr oft blos der Formel zu bedienen: „es werde die Obligation in vim hypothecae publicae von Amts=, Gerichts= oder Notariatswegen bestätigt.“

Allein damit ist einem Gläubiger wenig geholfen. Die bloße Agnition f) der Schuldverschreibung, wenn sie auch coram judice competente geschiehet, verwandelt eine Privat= noch in keine öffentliche Hypothek, und eben so wenig hat die bloße gerichtliche Bestätigung diese Würkung g).

*) s. dessen Biographie in Gans Zeitschrift Bd. I. Heft 4 und vor Th. VIII. 1. der Erörterungen von dem Herrn O. A. Rathe Spangenberg.

Wir können die weitere Fortsetzung des nützlichen Werks durch den Herrn O. A. R. Spangenberg nur wünschen und hoffen! Der neunte Band liegt uns auch schon zur Benutzung vor.

f) a Pufendorf Tom. 1. Obs. 197.

g) a Pufendorf Tom. 2. Obs. 160. Gmelin von Schuld= und Pfandverschreibungen, S. 118.

Noch weniger zweifelhaft wird dieses, wenn sogar ein incompetenter Richter, welchem zuweilen dergleichen Verschreibungen zur Bestätigung überreicht werden, sich der Confirmation derselben unterzogen hat. Zwar hält Struben h) die Bestellung einer Hypothek vor einem incompetenten Richter für gültig; allein von andern i) wird solches doch aus dem richtigen Grunde bestritten, weil der Bestellung einer gerichtlichen Hypothek allemal eine Untersuchung vorangehen muß k), welche begreiflich nur allein der competente Richter vorzunehmen berechtigt ist. In Gemäßheit dieser Grundsätze erklärte daher die Zellesche Justiz-Canzley in S. der Gläubiger weyl. Lieutenants Bünting pto. prioritatis eine von dem Cridario den Vorstehern des Armenhauses zu Rethem am 7. Nov. 1772 ausgestellte und vom Amte R. incompetenterweise confirmirte Obligation, für eine bloße Privathypothek, und das O.A.-Gericht erkannte in Sachen Bierwirth wider den v. Bülowschen Curator, wegen Priorität, mittelst der Sentenz vom 17. Decemb. 1796: daß die bloße gerichtliche Bestätigung einer Obligation kein öffentliches Pfandrecht bewirke, und am wenigsten dann, wenn solche nur einseitig von dem Creditore, ohne Zuthun des Debitoris, erwirket worden. Denn im letztern Falle fehlt es an der Absicht des Schuldners ein öffentliches Pfand constituiren zu wollen."

Daß in den vorliegenden Fällen keine eigentliche Deutsche Hypothek zur Sprache gestanden, glauben wir

h) Rechtl. Bedenk. Th. 1. B. 18.

i) a Pufendorf Tom. 3. Obs. 53, und in animadv. No. 98, woselbst er seine in tr. de jurisdict. germ. p. 19. geäußerte Meinung zurückgenommen hat. M. s. auch Klaproth von freiwilligen Gerichtshandlungen, S. 39 ff.

k) Geiger und Glück Rechtsfälle B. 2. S. 90 ff.

sicher annehmen zu können, da auf kein besonderes statutarisches Recht Bezug genommen ist, und ein solches in dieser Materie, so viel wir wissen, im Amte Rethem im Herzogthume Lüneburg nicht vorhanden ist. Den Inhalt der Policeyordnung werden wir unten analysiren.

Das Resultat ist, daß wenn eine Pfandverschreibung den Partheien von dem Richter auch im Gerichte vorgelesen, und die gerichtliche Confirmation auch in vim hyp. publ. ertheilt ist, die Kraft der Oeffentlichkeit nicht anders erworben werden soll, als wenn ausdrücklich ein öffentliches Pfand bestellt, oder die Bestätigung in vim hyp. publ. ausdrücklich erbeten ist. Daß der Antrag auch des Schuldners auf Confirmation ohne jene Clausel nicht genügen solle, ergiebt sowol diese Erörterung als das obige Bedenken von Strube 270. (II. 109.) (s. S. 101.) und Pufendorf's obs. 176. Tom. IV. (s. S. 77.), und wenn gar der Gläubiger allein auf Confirmation anträgt; so wird ihm erwiedert, daß die Absicht des Schuldners fehle, „ein öffentliches Pfand constituiren zu wollen."

Alle diese drei Ausführungen ergeben combinirt also das Resultat, daß der Schuldner und das confirmirende Gericht sich jener Clausel durchaus mit bedienen müssen, da ja alles von dem animus des Schuldners abhängen soll, mithin der Gebrauch jener Clausel von Seiten des Gerichts nicht allein entscheidend seyn kann. Auch scheint in dem ersten in der Erörterung enthaltenen Präjudize die Entscheidung ausdrücklich mit auf die Incompetenz des confirmirenden Richters gestellt, und mithin wenigstens bey der Specialhypothek das forum rei sitae gefordert zu seyn, welches die Lüneburgsche Policeyordnung nicht fordert. —

Also hier wieder die schöne Controverse von der jurisdictio voluntaria mera und mixta! Sehr wohl nach Deutschem, aber nicht nach Römischem Rechte, welches doch hier bey einer eremten Person unzweifelhaft normirte, und eben so die causae cognitio!

§. 23.

Erörterung 59. Th. 4.

Ueber die Verhypothecirung bürgerlicher Grundstücke und die Anmeldung der Hypotheken bey der Stadtobrigkeit.

„Nach der besondern Vorschrift unserer Provincialgesetze s) kann kein Vertrag, wodurch das Eigenthum bürgerlicher Grundstücke auf einen Andern übertragen, oder überhaupt ein Realrecht darin constituirt werden soll, ohne Vorwissen des Stadtmagistrats, gültig abgeschlossen werden. Die deßhalb ergangenen Verordnungen schränken sich nicht blos auf Kauf- und Tauschverträge, oder antichretische Versatzcontracte ein, sondern sie umfassen jedes Rechtsgeschäfft, wodurch Jemand ein Realrecht auf ein bürgerliches Grundstück erhalten soll; mithin auch die Hypotheken t). Die Verordnung v. J. 1733 scheint es ganz der Willkühr der Contrahenten zu überlassen, ob sie den abgeschlossenen Contract von der Stadtobrigkeit entweder gerichtlich confirmiren lassen, oder ob sie ihn blos bey derselben produciren,

s) Verordn. vom 6. Oct. 1712 und 13. Jan. 1733, in Corp. Const. Calenberg. Tom. 2. p. 633 u. 650, und in corp. Const. Luneburg. Cap. 4. pag. 578.

t) Verordnung vom 17. Aug. 1739 in corp. Const. Calenberg. Tom. 2. pag. 897, und in corp. Const. Luneb. cap. 2. pag. 926.

d. h. anmelden, und nur zur Wissenschaft und Kenntniß des Magistrats bringen wollen? Im letztern Falle ist besonders die Frage nicht ohne Zweifel: welche Wirkung eine, bey der Stadtobrigkeit blos angemeldete oder producirte, Schuld- und Pfandverschreibung hat? Nach der Vorschrift jener Gesetze ist eine, auf bürgerliche Immobilien ertheilte, aussergerichtliche oder Privathypothek von gar keiner Kraft; der Gläubiger erhält dadurch kein Pfandrecht, kein jus in re an dem verpfändeten Bürgergute des Schuldners; vielmehr soll er, wenn die gerichtliche Anmeldung unterblieben ist, mit einer solchen Privatpfandverschreibung, bey entstandenem Concurse, nur unter die chirographarios gesetzt werden. Durch die Anmeldung oder Production der Verschreibung wird daher das Pfandrecht erst wirksam; der Gläubiger erhält, wenn die Anzeige der geschehenen Verunterpfändung bey der Stadtobrigkeit gebührend gemacht ist, ein jus in re an den verschriebenen Gütern seines Schuldners, und er tritt dadurch, im Falle eines ausgebrochenen Concurses, aus der Reihe der chirographarischen, in die Klasse der Pfandgläubiger. Inzwischen erhält doch der Creditor durch diese bloße Anmeldung oder Production der Pfandverschreibung keineswegs eine gerichtliche Hypothek, oder ein, mit der öffentlichen Hypothek verbundenes, Vorzugsrecht an den Gütern seines Schuldners u); da die Verpfändung sowohl von dem Gläubiger, als dem Schuldner einseitig der Stadtobrigkeit zur Wissenschaft gebracht werden kann; die bloße Production oder Anmeldung des Gläubigers x) bey dem Magistrate aber bekannt-

u) a Pufendorf Tom. 3. obs. 180. §. 7 u. 8., und obs. 206. §. 6. Struben rechtl. Bedenk. Th. 1. Nro. 18.

x) Leyser spec. 229. m. 2. Wernher Tom. 2. P. 9. obs. 70.

lich so wenig zu einem öffentlichen Unterpfande hinlänglich ist, als die bloße, vom Schuldner gesuchte, obrigkeitliche Bestätigung einer Privatpfandverschreibung y), oder die Anerkennung derselben vor Gericht z). Verlangt daher der Gläubiger, zu seiner Sicherheit, eine öffentliche Hypothek, so ist eine bloße Anmeldung und Production der Verschreibung nicht hinlänglich; vielmehr muß der Schuldner sodann gerichtlich erklären a), eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, und darauf die gerichtliche Confirmation erfolgen. Diese Stücke sind zur Erlangung eines jeden öffentlichen Pfandrechts wesentlich erforderlich b).

Die Verordnung v. J. 1733, welche es in die Willkühr der Parteyen stellt, ob sie die förmliche Confirmation eines Vertrages suchen, oder ob sie solchen blos zur Wissenschaft des Magistrats bringen wollen, redet nur von solchen Contracten, wenn man die Worte und den Sinn derselben genauer erwägt, wodurch das Eigenthum eines bürgerlichen Grundstücks oder Rechtes auf einen andern übertragen, mithin der bisherige Eigenthümer und Besitzer desselben verändert wird, z. B. Kauf- und Tauschverträge, Theilungsrecesse, Schenkungen, pacta successoria, pacta

y) a Pufendorf Tom. 2. obs. 160. Struben a. a. O.

z) a Pufendorf Tom. 1. obs. 197.

a) Wenn indeß der Schuldner in der Obligation schon eine öffentliche Hypothek versprochen hat, und selbige nachgehends zur gerichtlichen Confirmation einreicht; so ist es so anzusehen, als hätte er hypothecam publicam in ipso judicio constituirt.

b) a Pufendorf Tom. 3. obs. 206. §. 1. Böhmer de praerogativa hypothecarum publicarum, cap. 2. §. 6 u. 12. Insonderheit Dabelow vom Concurse der Gläubiger. Halle, 1801. 4. S. 623 ff.

dotalia, cessiones, antichretische Versatzcontracte u. s. w. Dergleichen Realcontracte bedürfen an sich und zu ihrem Wesen keiner gerichtlichen Confirmation. Durch die bloße Anmeldung und Einzeichnung derselben in das Stadthandels- oder Anmeldungsbuch wird die Absicht jenes Landesgesetzes, welche die Richtighaltung der städtischen Cataster und Cassen bezweckt, völlig erreicht. Auf Hypothekbestellungen, wodurch der bisherige Eigenthümer und Besitzer nicht verändert wird, ist aber diese Willkühr der Parteyen nicht zu erweitern, wenn ein öffentliches Pfandrecht constituirt werden soll; weil der bloßen Anzeige, Anmeldung oder Production einer Pfandverschreibung, in jenen Landesgesetzen, nirgends die Kraft und Wirkung einer öffentlichen und gerichtlichen Hypothek beygelegt wird. Zur Sicherheit und Ordnung der Cataster und Cämmereygefälle ist die bloße Anmeldung und Production eines Contractes, wodurch das Eigenthum auf einen Andern übertragen werden soll, vollkommen hinreichend. Es bedarf dabey keiner besondern Untersuchung, und mithin kann auch die förmliche Confirmation desselben dem freien Willen der Parteyen ganz füglich überlassen werden. Indeß ist von der Anmeldung solcher Contracte, schon nach der Natur der Sache, die Anstalt der städtischen Hypothekenbücher, welche zur Erhaltung des städtischen öffentlichen Credits abzweckt, gänzlich verschieden. Durch die Erlangung einer öffentlichen Hypothek will der Gläubiger die geschehene Verpfändung nicht blos erweisen, sondern auch zugleich mit der Bestätigung des Gerichts, über den Werth und die Beschaffenheit des Unterpfandes, sichergestellt seyn. Die Stadtobrigkeit muß daher eine Untersuchung anstellen, ob die verschriebenen unbeweglichen Bürgergüter dem Schuldner eigenthümlich gehören, und überhaupt verpfändet wer-

den werden können; ob sie nicht bereits Andern verhypothecirt sind; oder, wie die Landesverordnungen ausdrücklich erwähnen, nicht etwa über ihren wahren Werth verpfändet werden möchten. Erst dann, wenn sich hierbey kein Anstand findet, erfolgt die obrigkeitliche Bestätigung und die damit verbundene Ingrossation in das Stadtpfandbuch. Bey einer bloßen Production der Schuldverschreibung wird aber weder eine solche Untersuchung angestellt, noch die Ingrossation derselben in das Hypothekenbuch verfügt. Auf beides haben die Parteyen nur alsdann Anspruch zu machen, wenn sie ein gerichtliches öffentliches Pfandrecht geben und erlangen wollen. Der Stadtmagistrat ist daher weder schuldig, noch berechtigt, wenn der Gläubiger nicht selbst ausdrücklich erklärt, mit einer geringern Sicherheit, mit der bloßen Anmeldung, zufrieden zu seyn; vielmehr eine öffentliche Hypothek verlangt, die Pfandverschreibung zur bloßen Production von dem Schuldner anzunehmen; weil durch solche Operationen nicht nur der öffentliche Stadtcredit geschwächt, sondern auch das Hypothekenbuch selbst leicht in Verwirrung und Unordnung gebracht werden könnte.

Nach dem gemeinen Rechte ist es übrigens zur Erlangung eines öffentlichen Pfandrechtes hinlänglich, wenn die Verpfändung nur in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. In Absicht des Mobiliarvermögens und der nicht catastrirten Bürgergüter, oder überhaupt solcher Immobilien, welche nicht unter der Gerichtsbarkeit des Magistrats belegen sind, kann ein Bürger vor der Obrigkeit, unter deren Gerichtszwange das Grundstück liegt, oder vor einem Notar und zwei Zeugen, oder auch vor drei rechtschaffenen Männern, den gemeinen Rechten gemäs, ein öffentliches Unterpfand constituiren, und er ist nicht verbunden, der Stadt-

obrigkeit davon Kenntniß zu geben c). Nur in dem Falle, wenn catastrirte bürgerliche Grundstücke verpfändet werden sollen, ist dem, vor einer jeden andern Obrigkeit, oder vor einem Notar und Zeugen, bestellten Unterpfande die Kraft eines öffentlichen Pfandrechts entzogen, weil in der Verordnung vom Jahr 1739 ein jedes bey der Stadtobrigkeit nicht einst angemeldetes Pfandrecht für ganz unwirksam und kraftlos erkläret ist d). Als daher die Königl. Justizcanzley zu Hannover, am 5. Sept. 1801, in Sachen Schrader w. den Magistrat zu Göttingen, wegen nicht zugelassener Production einer Obligation, auf nachstehende Weise erkannte: „Da Inhalts der Obligation die, auf in der Göttingischen Feldmark belegene Ländereyen, bestellten Hypotheken öffentliche, oder wenigstens solche seyn sollen, welche mit diesen gleiche Kraft haben; dieser Zweck aber durch die coram notario et testibus ausgefertigte Schuld- und Pfandverschreibung um deswillen nicht erreicht werden kann, weil es zum Wesen einer auf bürgerliche Grundstücke constituirt werden wollenden öffentlichen Hypothek allerdings erforderlich ist, daß solche gerichtlich confirmirt und dem Hypothekenbuche ingrossirt werden; von dem Magistrate also die Annahme der Obligation zur bloßen Production mit Grunde verweigert worden; so kann dem angebrachten Gesuche nicht Statt gegeben werden" — ward dieses Er-

c) M. vergl. das Zellesche Stadtrecht, mit Anmerkungen von Theod. Hagemann, S. 59 ff. und S. 95.

d) Verordnen —, daß diejenigen, welche auf solche Güter, ohne es der Stadtobrigkeit angezeigt zu haben, Geld geliehen, oder selbige auf andere Weise sich haben verschreiben lassen, bey der Classification unter die Chirographarios gesetzt werden sollen.

kenntniß, in Betracht der obigen Gründe, mittelst Bescheides vom 30. Jan. 1802 von dem Königl. Oberappellationsgerichte lediglich bestätiget."

Daß diese Ausführung mit den oben (S. 60 ff und 92 ff.) geprüften von Pufendorf und Strube im Wesentlichen dahin übereinstimmt, daß die bloße Anmeldung hinsichtlich der fraglichen Grundstücke keine öffentliche Hypothek gebe, ist von selbst klar; wir haben solche auch bloß deshalb abdrucken lassen, weil sie die fragliche Materie am ausführlichsten behandelt, mithin auch am leichtesten widerlegt werden kann.

Wir contestiren auf jene Ausführung fast in allen Punkten negative litem, und wollen dabey unsere eigene Ansicht über die fraglichen Verordnungen dem geneigten Leser nunmehro, perlectis actis, zum gütigen Schiedsspruche vorlegen, und wenn auch nicht ad laudem, doch ad laudum (sit venia!) unterthänigst submittiren.

Wer die Entwickelung des Deutschen Hypothekenwesens auch nur einigermaßen mit historischem und politischem Sinne verfolgt, am besten an den Hypothekenbüchern selbst, wird sich bald überzeugen, daß aus dem durch Volkssitte gegebenen Grundsatze der gerichtlichen Auflassung die Nothwendigkeit der Registrirung der sämmtlichen Besitz- und Eigenthums-Mutationen und der demnächstigen Hypotheken sich von selbst ergab, und diese Registrirung mit allen ihren Bedingnissen und möglichen Combinationen ist ja die hauptsächlichste Aufgabe der Hypothekenlegislation. —

Das ganze Grundeigenthum läuft auf diese Weise mit der Zeit, sagen wir in 20 — 50 Jahren, durch das Hypothekenbuch, wenn es auch nicht gleich vom Anfange an oder immer darin feststeht, gerade weil das ganze Grundeigenthum gar schnell die Besitzer wechselt, und mit Hypotheken belastet wird. Niemand als der

Staat oder die Gemeinden kann aber diese Registrirung übernehmen.

Allein der sogenannte Staat, der vielbedürftige prodigus, sieht sich in der Regel auch gezwungen, eine Steuer zur Bestreitung seiner bescheidenen Bedürfnisse unter Anderem auch von allem Grund und Boden zu erheben, und auch die kleinen Staatchen, Gemeinden genannt, treten in dieser Hinsicht nicht ungern in seine Fußstapfen, und beide, Staat und Staatchen, haben zu jenem Zwecke natürlich auch eine Registrirung des Grund und Bodens nöthig, oder sie glauben in der Regel dieß wenigstens, so daß dieselbe Operation der Registrirung desselben Objects sich schon in den obigen Rücksichten mehrfach wiederholen kann, und es giebt der Rücksichten noch mehrere. Kurz, man hat denselben Catalog zu mehr als einem Zwecke in der Regel nöthig. Ob nun für jeden Zweck ein besonderes Exemplar des Catalogs und eine besondere getrennte Geschäftsmanipulation erforderlich sey, oder wie viele oder gar ob alle Zwecke mit einem Exemplare und mit einer Geschäftsmanipulation erreicht werden können, wie die verschiedenen Combinationen etwa zu machen sind, und was in dieser Hinsicht etwa schon anderswo versucht ist, das werden wir an einem andern Orte prüfen.

So viel ist aber von selbst klar, daß derjenige, welcher die meisten Fliegen mit einer Klappe leicht, sicher und ganz todt schlägt, daß dieser der beste Fliegen-Klapper oder -Schnapper ist, und daß diese Bücher, von dem Staate oder den Gemeinden geführt, von selbst den Charakter der Oeffentlichkeit haben.

Man kann also auch wol denjenigen nicht ganz für einen Schwachkopf halten, welcher nun vor länger als 100 Jahren diesen natürlichen Zusammenhang der Dinge schon

durchsah, und vielleicht gar auf den schönen Gedanken kam, in den Städten der südlichen Provinzen des Landes das städtische Cataster mit der Registrirung der Eigenthums-mutationen und der Hypotheken auf irgend eine, leider nicht genauer angegebene, Weise zu verbinden, denn alles muß damals, nachdem durch die simple Einführung des Röm. Rechts die Auflassung längst gesprengt, und das alte Stadtbuch wahrscheinlich in die Rumpelkammer oder in den Ofen geworfen war, in der gräßlichsten Verwirrung gewesen seyn; wahrscheinlich auch das städtische Cataster, wie ja die Verordnungen selbst ergeben. — Daß Jenes, der Zusammenhang und wahrscheinlich auch die möglichste Verbindung jener Operationen, wirklich die An- und Absicht der Concipienten der fraglichen Verordnungen gewesen sey, muß dem Sachkundigen, welcher das Ineinandergreifen jener Operationen und die desfallsigen Wünsche der Menschen beobachtet hat, bey der Durchsicht jener Verordnungen sofort einleuchten.

Von dem Erfolge jener An- und Absicht reden wir hier um so weniger, da der geneigte Leser aus den abgedruckten Rechtsfällen wahrscheinlich schon entnehmen wird, wie die Sache liegt, und hinlänglich weiß, daß man in solchen Dingen vergebens bloß An- und Absichten hat.

Folgendes belege unsere Ansicht; es wird mit dem Inhalte der Rechtsfälle genügen.

Zuvörderst ist es unzweifelhaft richtig, daß die betreffenden Verordnungen wol principaliter wegen der städtischen Cataster und der sicheren Hebung der städtischen Abgaben gegeben sind; allein die Verordnung vom 6. Oct. 1712, die Grundlage aller übrigen, hebt in den considerandis diesen Punkt keineswegs allein heraus, sondern fügt hinzu: „nicht weniger die Eigenthums-

Herrn mit der Zeit unbekannt, auch wol gar ein solches Stück verschiedenen Personen verkauffet, oder über seinen Werth unterpfändlich verschrieben worden. Daß wir demnach zur Verhüthung solcher Unordnungen und aller daraus erfolgenden üblen Suiten etc."

Hieraus ist doch wol schon für sich klar, daß nicht allein die Hebung der städtischen Abgaben, sondern auch die größere Sicherheit des Eigenthums und die bessere Regulirung des Hypothekenwesens mit in Votis waren.

Ferner, wäre die Hebung der städtischen Abgaben allein und nicht auch die bessere Regulirung des Hypothekenwesens der Zweck der Verordnung gewesen, warum sollte denn überhaupt gar kein jus in re, und namentlich kein Pfand ohne Anmeldung erworben werden können, da ja durch unsere jetzige Art der Pfandbestellung an den Immobilien, zumal in den Städten, keine Besitzmutation und Veränderung hinsichtlich der Zahlung der Abgaben eintritt! Zur Hebung der städtischen Abgaben war bloß die Registrirung der Besitzmutationen nothwendig. — Man führe für jenes gefälligst einen nur plausibeln Grund an!

Die Verordnung vom 13. Januar 1733 erwähnt schon in der Ueberschrift ausdrücklich der Verhypothecirung, rückt alsdann die Verordnung von 1712 wörtlich ein, und sancirt solche von neuem.

Alsdann heißt es: „Wogegen dann aber Unser ernster Wille und Meynung ist, daß diese Unsere renovirte Verordnung zu Uebersetz- und Beschwerung derer Contrahenten mit Gerichts-Sportuln in keine wege gemisbrauchet; sondern wann ein Contract produciret, und nicht

expresse eine gerichtliche Confirmation darüber gesuchet wird, als welche sonst nach Masgebung der jedes Orts approbirte (sic) Taxe zu bezahlen ist, bey denen Schreibereyen sofort ein Extract davon, soviel dessen zu Richtighaltung derer Catastrorum und Direction derer bey denen bürgerlichen Cassen bestellten Einnehmer nöthig, gemachet, über sothaner geschehener Praesentation des Contracts unter gewöhnlicher Unterschrifft des Rahts ein Document, entweder auf den Contract oder besonders geschrieben, wie es die Contrahenten am liebsten sehen, ertheilet, und davor nicht mehr als Vier gute Groschen durch die Banck, es mag das Pertinens, so der Contract angehet, viel oder wenig betragen, genommen, auch der Contract sofort zurück gegeben werden solle."

Dessen ungeachtet soll diese Verordnung von 1733 nach Hagemann bloß auf die Besitzmutationen Bezug haben, und gerade gegen die Verordnung wird erkannt, daß eine Confirmation der Hypotheken nöthig sey! Der Grund, welchen Hagemann anführt, daß Besitzmutationen keiner Confirmation bedürften, und daß die obige Stelle bloß davon handle, ist irrig, denn wo die Hypothek confirmirt werden muß, da muß auch die Besitzmutation consequenter Weise confirmirt werden, und die abgedruckte Stelle blickt ja auf die ganze Verordnung zurück, und nennt ja keinen besonderen Contract, welcher der Confirmation bedürfen oder nicht bedürfen soll, sondern sagt ein Contract, der Contract!

Ferner hat die Verordnung vom 17. August 1739 mit gleicher Waage die Ueberschrift: Die Alienir- und Versetzung der Bürgergüter betreffend, und erneuert die beiden obigen Verordnungen. Sie widerlegt sodann ausdrücklich im Eingange den Irrthum, daß die 1733

erneuerte Verordnung von 1712, welche in die Verordnung von 1733 mit aufgenommen ist, nur zur Absicht habe, die Verwirrung bey den Städtecatastris zu vermindern, folglich bey bloßen Verpfändungen keine Application finde.

Sie befiehlt sodann, daß der Verordnung von 1712, mithin auch der von 1733, welche sie aufgenommen hat, um so mehr gelebet werden solle, als die Absicht dabey zugleich auf Erhaltung guten Credits gehe, und diejenigen, so auf unbewegliche Bürgergüter ein jus in re erlanget, dadurch solcher Gestalt sicher gestellt werden sollten, daß ihnen ein Anderer, der sich nicht nach der Constitution gerichtet, nicht vorgezogen werden könne.

Schließlich ist den Magistraten befohlen: „alle die ihnen geschehenden Anmeldungen von dergleichen Veränderungen gehörig (!) ad acta zu verzeichnen, damit, wenn jemand, dem es zu wissen gebühret, sich danach erkundigt, das erforderliche obrigkeitliche Zeugniß ertheilt werden könne."

Wir wiederholen: nur von Anmeldung ist die Rede; keinerlei Art von Confirmation vorgeschrieben, sondern dieß ganz in die Willkühr der Interessenten gestellt, und zwar aus sehr gutem Grunde, weil das Römische Recht in den betreffenden Städten normirt, wenn sie sich nicht, wie gerade das von Hagemann citirte Celle, besondere Statuten in dieser Hinsicht erhalten haben.

Eben so wenig ist ein Antrag auf Ingrossation vorgeschrieben.

Der Gesetzgeber glaubte mit Recht seinen Zweck der Sicherheit des Eigenthums und der hypothekarischen Forderungen durch Anmeldung und officielle Registrirung der Eigenthumsmutationen und der Verpfändungen zu er-

reichen, wie hätte er dieß aber hoffen können, wenn, und zwar ohne einen solchen Umstand nur anzudeuten, die Anmeldung für sich allein den Hypotheken die Kraft der Oeffentlichkeit nicht hätte geben sollen, sondern wenn daneben noch an solche spitze und ganz abnorme Punkte, als die fraglichen Rechtsfälle ausweisen, gedacht wäre! —

Es wurde im Wesentlichen eine officielle Registrirung der Hypotheken vorgeschrieben, und der Begriff der Oeffentlichkeit im Sinne des Röm. Rechts dabey festgehalten, versteht sich, daß der Actus selbst unzweifelhaft war.

Es bedurfte deshalb auch keiner ausdrücklichen Bestimmung, daß einer angemeldeten Hypothek die Kraft einer öffentlichen und gerichtlichen Hypothek beygelegt werden sollte, eine wunderliche Zumuthung des Interpreten. Der Gesetzgeber glaubte die Erhaltung guten Credits eben so gewiß durch die Nothwendigkeit der Anmeldung zu erreichen, als die Ordnung der Cataster, und hatte darin auch in soweit gewiß weit mehr Recht als seine Commentatoren!

Erst später wandte man die nach unserer Ansicht fehlerhafte Theorie von der Oeffentlichkeit der Hypotheken, welche Theorie 1712 im Lande noch gar nicht existirte, auf die Anmeldung an, erreichte dadurch aber gewiß den Zweck der Verordnung nicht: die Erhaltung eines guten Credits!

Nur wenige Individuen, welche die Deutschen und Hannöverschen einschlagenden Controversen zu prüfen vermögen, können sich bey gehöriger Vorsicht sichern; der dumme Bürger glaubt, daß dasjenige, was zu Rathhaus niedergeschrieben ist, mit Zustimmung oder gar in Gegenwart des Schuldners, hinlänglich sicher sey. — Neulich, i. e. jetzt vor 3 Jahren, sagte uns ein gebildeter Bürger einer der Calenbergischen Städte: wir haben hier ein ganz abomina-

deles Hypothekenwesen, und doch hat jener Ort noch eins der besten mit im ganzen Lande, gerade wegen der obigen Verordnungen, wenn gleich solche, anstatt ein Heilmittel des Credits, durch fehlerhafte Auslegung und Mangel einer gehörigen Entwickelung hinsichtlich der Buchführung, eine Corruption desselben wurden.

Was Hagemann über die Nothwendigkeit der causae cognitio und der daraus folgenden Confirmation sagt, ist gleichfalls ungegründet. Denn das Röm. Recht, welches in dieser Hinsicht keine causae cognitio kennt, normirt in den fraglichen Städten, mit den betreffenden Verordnungen, in dieser Materie, wenn sie sich nicht besondere Statuten erhalten haben, wie aber im südlichen Landestheile, so viel wir wissen, nur bey Hannover der Fall ist. —

Die Verordnungen selbst schweigen aber gleichfalls über die causae cognitio. — Nur die eben eingerückten Considerанda der Verordnung von 1712 könnten in dieser Hinsicht einigen Zweifel erregen. — Allein diese scheinen nur den Zweck zu haben, den Interessenten die Möglichkeit der eigenen Belehrung zu gewähren, nach dem Grundsatze: Vigilantibus jura sunt scripta, da sonst gewiß in dem dispositiven Theile jener Verordnung eine entsprechende Auflage an die betreffenden Magistrate zu ersehen seyn würde, wie nicht der Fall ist. —

Es ist also die causae cognitio, welche übrigens bey der Besitzmutation eben so nothwendig ist, als bey der Hypothekbestellung, von Hagemann nur zur Parade mit aufgeführt, um die Nothwendigkeit der Confirmation daraus zu schließen, und jenem so viel erfahrenen Geschäftsmanne kann es überdieß nicht entgangen seyn, wie es mit der causae cognitio in den betreffenden Städten, in soweit sie keine besondere Statuten haben, sich ver-

hält, und daß es zu den wesentlichsten Punkten einer solchen causae cognitio, namentlich zu der Bestimmung des Werths und der Ausmittelung der Freiheit von Lasten und Hypotheken, fast im ganzen Lande noch an aller Grundlage fehlt, woran gerade vorzüglich mit der Credit des Landes gescheitert ist. — Indeß fast allenthalben hat man eine solche Grundlage hinsichtlich des Werths der Grundstücke bisher vergebens gesucht; wir scheinen jedoch noch nicht einmal im Stadio des Suchens zu seyn.

Die Confirmation selbst aber, wenn man daraus rückwärts auf die causae cognitio schließen will, ist ja nach der Verordnung von 1733 ausdrücklich in das Belieben der Interessenten gestellt, und ist in den betreffenden Städten, welche sich keine besondere Statuten erhalten, nur ein Ueberbleibsel alter Gewohnheit, welche aus der gesprengten Auflassung und vielleicht auch aus dem Canonischen Rechte sich herschreibt; eben so, wie bey den Obergerichten. Wie sie jetzt in jenen Städten und bey einigen Obergerichten liegt, ist sie ganz ohne allen politischen Werth, und nur Modesache, etwa wie Stulpenstiefel, Haarbeutel oder Doctorhut. Dabey heißt es aber: Chacun a son goût, und es freut uns, versichern zu können, daß die Göttingischen Sachführer, nachdem zum Theil außerordentlich große Summen an Confirmationsgebühren in den Königlichen und städtischen Fiscus ganz unnützer Weise, noch vor einigen Jahren, aus den Geldbeuteln ihrer Clienten gewandert sind, nunmehro endlich von der nicht vorhandenen Nothwendigkeit und der geringen Ersprießlichkeit solcher Reisen sich überzeugt haben *), ein neuer Grund für die Hannö-

*) Wer hat diesen fatalen Staar endlich operirt? Am Ende die Verordnung vom 13. Juni 1828, welche doch das Gesetz der Confirmation gar nicht berührt!

versche Legislatur, über diesen Gegenstand sobald als thunlich mit einem neuen, wenigstens das Gebiet der Verordnung vom 13. Juni 1828 umfassenden, Gesetze hervorzutreten, damit nicht der Bauer, und zwar vorzüglich in den südlichen Provinzen, welchem auch sonst durch bekannte historische Entwickelung ein viel härteres Loos als seinem nördlichen Standesgenossen fiel, meistens allein in dem Gebiete der Verordnung, das ½ Procent Confirmationsgebühren zu bezahlen habe, der Bürger und der Edelmann sich aber die Confirmation verbitten könne, selbst bey nicht eremten Grundstücken, die in den Aemtern liegen *)!

So viel ist aber von selbst klar, daß, wenn man auch die Bestimmungen der Verordnungen von 1712. 33. 39 auf das Schärfste combiniren, und auf eine Confirmation und causae cognitio hinaufschrauben will, dennoch sich nichts weiter ergiebt, als daß neben der Anmeldung die Confirmation nothwendig sey, keinesweges aber eine Constitution oder Confirmation in vim hypothecae publicae, da jene Verordnungen an dieser Floskel gewiß eben so unschuldig sind, als das Kind im Mutterleibe, oder die citirten Just Henning Böhmer und Dabelow, von denen der Erstere die Erfindung jener Floskel, so viel wir wissen, leider kaum mehr erlebte, der Andere aber nicht durch deren Propagirung, noch durch seinen Concurs,

*) Die Sportulordnung für die Untergerichte Satz 91. „Außerdem ½ Procent an Confirmationsgebühren, wenn die gerichtliche Bestätigung erforderlich ist, oder verlangt wird." —

So viel wir wissen, haben die betreffenden Westphälischen Provinzen das Gesetz der Confirmation nicht, und der Canzleydistrict Stade nach der Policeyordnung Cap. III. §. 4. nur in beschränkter Maße. Hannöv. Juristische Zeitung. 3r Jahrg. 2s Heft. pag. 173 seqq. 5r Jahrg. 1s Heft. pag. 67.

noch was er sonst, viel Schwächeres, geschrieben haben mag, sondern lediglich durch seine erbärmliche Brochüre über den 13. Artikel der Bundesacte und die dadurch 1816 für ihn herbeygeführte omineuse Katastrophe in Göttingen unsterblich werden sollte, da die Vorsehung durch jene Katastrophe und die wirklich fast miraculeusen Zufälle bey derselben dem Deutschen Lande ein Symbol zu offenbaren schien, an welchem die Geschichte des 19ten Jahrhunderts im Kampfe der Partheien sich tragisch entfalten sollte *).

Man bemerke noch gütigst, wie bedeutend die Ausdrücke öffentliche und gerichtliche Hypothek auch hier neben einander und sich gegenüber gestellt werden, und wie diese Wörter, und nicht der Act selbst entscheiden soll.

Ferner soll, wo kein städtisches Grundstück in Frage steht, eine bloße öffentliche oder gleichsam öffentliche Urkunde zur Erlangung eines öffentlichen Pfandrechts nach gemeinen Rechten genügen, und dennoch soll bey städtischen Grundstücken, wenn solche öffentliche Urkunde auch vorhanden ist, und Anmeldung und Confirmation auch hinzukommen, dieß alles doch für sich kein öffentliches Pfandrecht geben, sondern das Wörtlein „öffentlich" daneben noch nöthig seyn. Hier sind also ideell vier Publicitäten vorhanden, oder können wenigstens vorhanden seyn: 1) ein öffentliches Instrument; 2) der Act der Anmeldung; 3) der Confirmation; 4) das Wort öffentlich. —

Nach den Worten der Sentenz sollen freilich die drei ersten Punkte genügen, nach der Erörterung selbst aber

*) Dabelow schlägt sich an der citirten Stelle nur mit den verschiedenen gewöhnlichen Arten der öffentlichen Hypothek herum, nicht mit der Hannöverschen.

auch das Wort noch hinzukommen, und in der Sentenz wurde entschieden, daß ein bloßes öffentliches Instrument und die Anmeldung vereint keine öffentliche Hypothek gebe, sondern nur, wenn die Confirmation und Ingrossation hinzukommen, obgleich die Verordnungen von 1733 und 39 ausdrücklich bestimmen, daß die Confirmation beliebig, die Registrirung aber bloß Officialsache seyn solle, ohne das Gesetz der eigentlichen Inscription im entferntesten anzudeuten. Man konnte doch also wenigstens dem Gläubiger den demnächstigen Erfolg der Anmeldung überlassen. —

Dieß alles war doch wol offenbar eine Hineintragung eines Theils des Begriffes der Deutschen Hypothek in die Verordnungen und in das Röm. Recht, und dieß ist der ganze Schlüssel des Räthsels! Alles drängte sich zur Deutschen Hypothek zurück!

Ferner scheint doch hier von Hagemann, so wie von Pufendorf, gegen Strube angenommen zu seyn, daß auch die einseitig von dem Gläubiger geschehene Anmeldung allerdings eine Privathypothek erwirke.

Die Ansicht, daß der Schuldner gerichtlich erklären müsse, „eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen," hat schon der Herr Geh. Legationsrath Eichhorn in seinem Privatrechte §. 187. (189 der 3n Ausg.) mit Recht als irrig verworfen, was nach gemeinem Deutschen Rechte unzweifelhaft ist, und auch nach der älteren Hannöverschen Praxis gewiß sehr selten gefordert ist, in so weit von der wirklichen Constitution die Rede ist; wogegen, wenn eine bloße Confirmation oder Anmeldung in Frage steht, wovon Hagemann hier speciell spricht, wenigstens nach der Mehrzahl der Hannöverschen Präjudizien, es wol im Hannöverschen nothwendig seyn möchte, um gerade die zwei-

felhaft gewordene Grenze zwischen Privat- und öffentlicher Hypothek bey der Confirmation zu finden. —

Resümiren wir nun noch aus der obigen chaotischen Verwirrung die Verschiedenheit unserer Ansicht von der der früheren Interpreten der fraglichen Verordnungen, so läuft das Resultat wol auf Folgendes hinaus:

Die Interpreten nehmen an, daß die Befolgung der Vorschrift jener Verordnungen keinen Einfluß auf den Charakter der Hypothek habe, wir dagegen, daß aus der bloßen Anmeldung von Seiten des Schuldners schon für sich immer der Charakter der Oeffentlichkeit der Hypothek im Sinne des Röm. Rechts und dieser Verordnungen erwachse, von Seiten des Gläubigers aber nur alsdann, wenn der Act selbst schon durch eine öffentliche Urkunde feststeht; die Interpreten kleben jenen Verordnungen die erst später erfundene Floskel „in vim hypothecae publicae" an, wir reinigen sie davon; die Interpreten schieben in die Verordnungen Aggregate der Deutschrechtlichen Hypothek ein, wir halten an dem Römischen Rechte und an den Verordnungen fest; die Interpreten fordern zum Theil neben der Anmeldung noch die Confirmation und die Ingrossation, wir sehen die erstere als beliebig, die andere als bloße Officialsache an, ohne Einführung des Gesetzes der Inscription als Regulativ der Priorität im Concurse; Strube scheint nicht anzunehmen, daß der Gläubiger seine Privathypothek einseitig anmelden und dadurch auch nur als solche conserviren dürfe, wir nehmen dieß mit Pufendorf und Hagemann an, und außerdem, daß sie sogleich zur öffentlichen werde, wenn der Schuldner sie ad acta recognoscirt; die Interpreten legen die Verordnungen auf eine solche Weise aus, daß sie dadurch nicht allein hinsichtlich des beabsichtigten „guten Credits" in

einem entscheidenden Punkte effectlos werden, sondern auch durch die drei hinzugefügten Körner (vis hypoth. publicae) nachtheilig wirken; wir dagegen legen sie auf eine solche Weise aus, daß, wenn sie auf diese Weise und in diesem Geiste durch eine gehörige Buchführung vollzogen wären, die fraglichen Städte schon seit einem Jahrhunderte ein gutes Creditsystem, so weit solches von der bloßen Ingrossirung der Conventionalhypotheken abhängt, gehabt haben würden, unpräjudizirlich unserer politischen Ansicht über die causae cognitio, auf die rechten, bestimmten Punkte gerichtet.

§. 24.

Ramdohr, welcher Th. II. pag. 342 u. 343. dasselbe Präjudiz erörtert, stimmt im Resultate, wie es scheint, im Wesentlichen mit uns überein, nur daß er der Ingrossation, wir dagegen schon der bloßen Anmeldung den Effect der Oeffentlichkeit beylegen, und die Ingrossation ganz als bloße Officialsache betrachten. Hier sind seine Worte:

„Wo die Ingrossationen gesetzlich sind, da bedarf es, meiner Einsicht nach, keiner besondern Hypothekbestellung und keiner Confirmation, um der Hypothek den Charakter der öffentlichen beizulegen. Sie wird selbst (?) im Sinne des Römischen Rechts durch die Ingrossation zu einer öffentlichen, gerichtlichen, (?) weil die Inscription stets bei denjenigen Magistraten geschehen mußte, welche curam census et librorum censualium hatten. Dies hat Pufendorf zuletzt, animadv. 98., selbst anerkannt; daher ist seine vorher von der meinigen abweichende Meinung T. 3. obs. 180. nicht in Rücksicht zu ziehen. Es versteht sich aber von selbst, daß der debitor die Ingrossation betreiben muß.

Hypothek muß nach den Verordnungen de 1712, 1733 und 1739 bei den Magistraten der Calenbergschen Städte angemeldet, und ins Hypothekenbuch getragen werden, bei Strafe, daß sonst die Forderung ratione immobilium alle Vorzüge der Hypothek verliert. In den Verordnungen ist ausdrücklich in die Willkühr der Parteien gesetzt, ob sie eine solche Hypothek blos anmelden, oder bestätigen lassen wollen. Der Magistrat in Göttingen hat aber ein doppeltes Buch eingeführt. Das eine, unter dem Titel des Stadt-Handlungs-Buchs, dient nur dazu, die Veränderungen der Besitzer der Grundstücke, und die Lasten, womit sie belegt sind, überhaupt aufzuzeichnen, und da es mit keinem Register verknüpft ist, so ist es schwer, darin nachzusuchen, ob bereits Hypotheken auf einem Grundstücke haften oder nicht. Diesen Vortheil gewährt ein besonderes Hypothekenbuch, worin die gerichtlich confirmirten Hypotheken aufgezeichnet werden. Quaeritur nun: ob der Magistrat berechtigt sey, eine coram Not. et Test. bestellte öffentliche Hypothek, die ihm blos angemeldet, um deren Bestätigung aber nicht gebeten wird, darum confirmiren zu wollen, damit er sie in das Hypothekenbuch eintragen könne, und unter diesem Prätexte höhere Gebühren zu fordern? Dies scheint sehr zweifelhaft. Die Bestellung der Hypotheken ist von ihrer Confirmation und Ingrossation ganz verschieden. Ihre öffentliche Qualität hängt von der gerichtlichen Bestellung nicht ab. Sie kann auch quasi publica seyn. Die Bestätigung erweckt blos die Vermuthung, daß alles gesetzlich bei der Bestellung zugegangen sey, und die Ingrossation erfordert von Seiten der Partei blos die Handlung des Anmeldens. Die Einrichtung der Hypothekenbücher in der Maaße, daß die Unterthanen alle ihre aus den landesherrlichen Verordnungen ihnen zugesicherten,

und an die bloße Anmeldung gebundenen Vortheile daraus ziehen können, ist Pflicht des Magistrats. Inzwischen ist vom O. A.-Gerichte das Gegentheil angenommen, und dadurch pro principio festgesetzt: daß eine coram Not. et testibus bestellte Hypothek, wenn sie angemeldet, aber nicht confirmirt wird, in immobilibus civicis alle Kraft verliere."

Nur darin stimmen wir außerdem mit Ramdohr nicht überein, daß die Ingrossation die Hypothekbestellung und Confirmation von selbst absorbire. Dieß ist nur da der Fall, wo letztere nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist, wie meistens in unsern alten Landesconstitutionen und in den neueren Legislationen; sonst hebt die Ingrossation niemals die Nothwendigkeit der Confirmation auf.

Nach gemeinem Deutschen Rechte, und vor Einführung der neueren Hypothekenbücher, durch welche die Ingrossation die Hauptsache wurde, ist diese in der Regel bloß ein Appendix der gerichtlichen Constitution, welcher nicht damit verwechselt werden darf, wenn man nicht, ut figura docet, in das Grenzenlose und in ein wahres Chaos fallen will. Dieß ergiebt schon die historische Entwickelung der Ingrossation an der Hand der Auflassung *), und daß überhaupt bey einem solchen Rechte, als das Deutsche, welches eine eigentliche öffentliche Procedur (non simulatam illam) hatte, alles in jure zuvörderst vor der Registrirung geschehen muß, denn sonst war ja gleich die schriftliche Procedur da! — Gerade in diesem Uebergange zu dem Gesetze der Ingrossation liegt die unendliche Verwirrung derjenigen Rechte, welche durch die Natur der Dinge von der l. 11. C. cit. weggedrängt wur-

*) Eichhorn Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. §. 358. 450. Mittermaier §. 181.

den, und sich in 2 — 3 Jahrhunderten nicht entschließen konnten, zu der alten Form des Deutschen Rechts zurückzukehren, und damit die Nothwendigkeit der Ingrossation zu verbinden.

Wegen der erwähnten Gebühren bemerken wir nur, daß solche auch früher sehr mäßig in Göttingen gewesen sind, 1 Rthl. 8 Ggr. für jede Confirmation, ohne Unterschied der Summe (was freilich ein faux pas war), wenn wir sonst richtig belehrt sind; die Anmeldungsgebühren waren freilich in der Verordnung von 1733 nur auf 4 Ggr. festgesetzt; jetzt betragen die Confirmationsgebühren dagegen auch bey dem Stadtgerichte in Göttingen ½ Procent, was besser ziehen würde, wenn man es nicht durch Verbittung der Confirmation und Erlegung von 8 — 16 Ggr. Anmeldungsgebühren umgehen könnte. Dieser Satz scheint nicht speciell in der Sporteltaxe enthalten zu seyn.

Wir klagen nur über die ungleiche Vertheilung dieser Last im Lande!

§. 25.

Die letzte hierher gehörige Erörterung von Hagemann ist die 71ste im sechsten Bande, da wir Band VIII, 35. über die causae cognitio theils nicht hierher rechnen, theils darüber schon oben unsere Ansicht geäußert haben, und der neunte Band nichts über diese Materie enthält *). — Wir lassen jene,

*) Es wäre sehr zu wünschen, daß wenigstens ein Verzeichniß der seit 1813 von dem höchsten Tribunale über diesen Gegenstand abgegebenen Präjudizien gedruckt würde, namentlich auch in Beziehung auf die transitorischen Verordnungen.

mit Uebergehung des zu unserm Zwecke ganz Außerwesentlichen, hier abdrucken:

Erörterung 71.

Von den Erfordernissen einer hypotheca quasi publica.

„Nach dem römischen Rechte gilt in einigen Fällen, wo eine öffentliche Urkunde erfordert wird, die Unterschrift dreier und mehr männlicher Zeugen eben so viel, als wenn sie von Beamten — Tabularien, Tabellionen — verfertigt wäre, welche berechtiget waren, Urkunden mit öffentlichem Glauben aufzunehmen [1]). Dies ist insonderheit der Fall bei weiblichen Intercessionen [2]) und bei Hypothekbestellungen [3]). Heutzutage werden bekanntlich auch diejenigen Urkunden öffentliche genannt, und als solche betrachtet, welche vor einem Notar und zwei Zeugen aufgenommen sind; weil den Notarien das jus actorum et fidei publicae gesetzlich beigelegt ist. In Beziehung auf das Hypothekenrecht bewirkt diejenige Urkunde ein öffentliches Pfandrecht, worin dasselbe vor Notar und zwei Zeugen constituirt, oder vor drei unbescholtenen Mannspersonen, welche die Urkunde mit unterschrieben haben, errichtet ist. Nach der Leonischen [4]) Verordnung liegt der Vorzug des letztern, so wie überhaupt des öffentlichen Pfandrechts, vor dem Privatpfandrechte, weder in einem den öffentlichen Ur-

1) L. 17. C. si certum petatur. Nov. 73. c. 1. 2. u. 8. Nov. 90. c. 2. Gönner im Handbuche des Processes B. 2. n. 46. §. 3. verwirft die documenta quasi publica.

2) L. 23. C. ad SCtum Vellej. Glück im Commentar §. 924. Rößlin von den besondern weiblichen Rechten Th. 2. S. 185.

3) L. 11. C. qui potiores in pignore.

4) in der L. 11. C. cit.

kunden besonders ertheilten Privilegio, noch in der Besorgniß einer Collusion, zwischen dem Debitor und Creditor, durch Vordatirung einer Privaturkunde den übrigen Gläubigern des Schuldners zu schaden [5]); sondern lediglich darin, daß Privaturkunden nur gegen den Aussteller und dessen Erben, wenn sie anerkannt, oder für anerkannt rechtlich erklärt sind; öffentliche Urkunden aber auch wider dritte Personen, folglich wider die concurrirenden Mitgläubiger beweisen [6]). Die Bedingungen und Requisite der öffentlichen Urkunden, welche tauglich seyn sollen, ein pignus quasi publicum zu begründen, bestimmen die Gesetze und die Praxis auf folgende Weise:

— — — — — — — — —

Viertens (müssen die Zeugen) vor oder bei der Unterschrift Kenntniß und Wissenschaft von der in der Urkunde bestellten Hypothek gehabt haben, oder mit andern Worten, es muß ihnen vom Schuldner bekannt gemacht werden, daß er seinem Gläubiger ein Unterpfandsrecht hat ertheilen wollen. Das Gesetz erfordert zwar diese Bekanntschaft der Zeugen mit dem Inhalte der Urkunde, und daß der Schuldner dem Gläubiger darin ein Pfandrecht hat constituiren wollen, nicht ausdrücklich; aber nach den Worten der Leonischen Constitution: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur; der Natur der Sache, und der beständigen Praxis, wird die Kenntniß der Zeugen von dem

5) wie a Pufendorf Tom. I. obs. 211. §. 3. und Höpfner Commentar §. 716. annehmen.

6) Hofacker princ. iur. civ. §. 1215. und insonderheit Glück im Commentar §. 1081. Gesterding Lehre vom Pfandrechte S. 249. ff. und Schweppe System des Concurses der Gläubiger §. 73.

constituirten Pfandrechte als eine wesentliche Bedingung des pignoris quasi publici betrachtet und erfordert [11]).

Nothwendig ist es indeß nicht, daß die Zeugen zu der Handlung besonders rogirt, oder daß sie von den Partheien in der Absicht, der vorzunehmenden Handlung fidem publicam zu geben, besonders eingeladen seyn müssen [12]); Und eben so wenig ist es erforderlich, daß der Schuldner in ihrer Gegenwart mündlich erklärt haben muß, seinem Gläubiger eine öffentliche, oder quasi öffentliche Hypothek ertheilen, oder in seinem Vermögen bestellen zu wollen. Jenes erfordern die Gesetze so wenig, als dieses; denn gerade durch die Unterschrift des Notars und zweier Zeugen, oder dreier unbescholtener Männer Mitunterschrift der Pfandverschreibung, wird die Urkunde zu einer öffentlichen, und das Pfandrecht, welches sich auf eine solche Urkunde gründet, ein pignus quasi publicum [13]). Die Kenntniß von einem constituirten Pfandrechte können aber die Zeugen erhalten:

11) a Pufendorf Tom. 4. obs. 198, und in Animadv. l. c. §. 4. von Ramdohr Erfahrungen B. 2. S. 345. ff. Nach der Notariatordnung v. J. 1512. §. 6. ist es erforderlich, daß die Zeugen von dem, was vor ihnen verhandelt wird, Wissenschaft erhalten.

12) Wie solches Manzel de duobus vel tribus testibus viris honestis Sect. 1. §. 2. behauptet.

13) In verschiedenen Fällen hat man zwar die ausdrückliche Bestellung einer öffentlichen Hypothek im Schuldscheine oder Notariats-Instrumente erfordert. Ramdohr a. a. O. Und es ist auch richtig, daß die bloße Production einer Privatpfandverschreibung vor Gericht, die gerichtliche Anerkennung derselben, und die gerichtliche Bestätigung eines Privatpfandscheins, keine öffentliche oder gerichtliche Hypothek bewirkt. Pract. Erörter. B. 2. n. 43. S. 327. B. 4. n. 59.

1) wenn der Schuldner in Gegenwart des Notars und der Zeugen mündlich erklärt, daß er dem Gläubiger zur Sicherung der Forderung eine Hypothek, oder ein Unterpfand in seinem Vermögen bestellen wolle, und der Notar darüber ein Instrument auf- oder unter den Schuldschein setzt, woraus des Schuldners Erklärung erhellet;

2) wenn der Schuldner den Inhalt des Schuldscheins, worin er seinem Gläubiger ein Pfandrecht constituirt hat, in Gegenwart des Notars und der Zeugen vorlesen läßt, genehmigt und die Zeugen zur Mitunterschrift auffordert, und davon in dem Notariats-Instrumente Erwähnung geschiehet.

Hiernach ist auch neuerlich, am 31. März 1817, in Sachen Kniep w. Duckering, und in Sachen des erstern w. Köhler, plo. prioritatis, eine in der Obligation bestellte Privathypothek, nachdem die Verschreibung in Gegenwart der Zeugen und des Notars dem Schuldner vorgelesen, von ihm genehmigt, und von dem Notar und den Zeugen mit unterschrieben war, vom Königl. Oberappellationsgericht für ein gültiges pignus quasi publicum erklärt. Gleichgültig ist es übrigens, ob der Schuldner die Obligation in Gegenwart der Zeugen, oder früherhin unterschrieben und vollzogen hat.

S. 302. B. 5. S. 275. Struben rechtl. Bedenk. Th. 2. n. 109. Wenn aber in der Obligation selbst eine Hypothek bestellt ist, und Notar und Zeugen, oder drey unbescholtene Männer werden zugezogen und aufgefordert, die ihnen vorgelesene Obligation mit zu unterschreiben, so liegt gerade in dieser Handlung die deutliche Erklärung des Schuldners, ein pignus quasi publicum bestellen zu wollen. Ganz überflüssig wäre es also in der That, zu erfordern, daß der Schuldner sich anderweit gegen den Notar und die Zeugen erklären solle, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen.

Nach den obigen Grundsätzen kann aber in folgenden Fällen das in einer Obligation constituirte Pfandrecht nicht als ein pignus quasi publicum erachtet, sondern es muß für ein bloßes Privatpfandrecht erklärt werden:

— — — — — — — — —

2) wenn weder in der Obligation ein Pfandrecht bestellt, noch in Gegenwart des Notars und der Zeugen vom Schuldner erklärt ist, dem Gläubiger ein Pfandrecht constituiren zu wollen;

3) wenn zwar in der Obligation ein Pfandrecht bestellt ist; aber vom Notar und den Zeugen lediglich der Umstand attestirt wird, daß der Schuldner die Obligation in ihrer Gegenwart unterschrieben und vollzogen, oder vor deren Vollziehung bloß durchgelesen habe. In beiden Fällen erhellet nicht, daß die Zeugen Kenntniß von der Bestellung der Hypothek erhalten haben [15]). Das Tribunal sprach daher am 11. Mai 1816 in Sachen Meier wider Backhaus und am 5. Junius 1817 in Sachen Kniep w. Schüler, von der Osten und von Behr, in pto. prioritatis, einer Hypothek, wo die Obligation in Gegenwart des Notar und der Zeugen vom Schuldner blos durchgelesen und eigenhändig unterschrieben war, ohne daß die Zeugen Kenntniß von dem darin bestellten Pfandrechte erlangt hatten, die Wirkung einer öffentlichen ab, und erklärte sie für eine bloße Privathypothek *);

15) von Ramdohr a. a. O. S. 346. n. 4. Das Gegentheil ist von der Hallischen Juristen-Facultät, bei Struben rechtl. Bedenken Th. V. n. 15. S. 35, angenommen.

*) In der beim Oberappellations-Gericht am 14. April 1794 eröffneten von Bülowschen Prioritäts-Sentenz ist n. 18. u. 44. auf gleiche Weise erkannt.

4) wenn der Notar und die Zeugen blos zur Bestätigung der intercessionis mulieris, oder zur Beglaubigung einer Entsagung der bürgerlichen Rechtswohlthaten adhibirt sind, und dies allein im Instrumente attestirt wird **);

5) wenn der Notar die Obligation, worin gar keine Hypothek bestellt, oder wenn sie darin constituirt, aber den Zeugen nicht zur Kenntniß gekommen ist, in vim hypothecae publicae confirmirt hat, so kann im erstern Falle der bloßen Confirmation des Notars, aus dem einfachen Grunde der Effect einer öffentlichen, ja nicht einmal einer Privathypothek beigelegt werden; weil nicht der Notar, sondern allein der Schuldner berechtiget ist, sein Vermögen mit einer Hypothek zu beschweren [16].

Die hypothecae quasi publicae können übrigens zu einer reichen Quelle von Betrügereien werden, und durch sie erhalten gewissenlose Schuldner die bequemste Gelegenheit, zum größten Schaden ihrer älteren rechtschaffenen Gläubiger, Schulden über ihr Vermögen zu contrahiren. So lange sie ihre Kraft und Gültigkeit behalten, kann kein Gläubiger, selbst nicht durch die Ingrossation in die Hypothekenbücher, sich volle Sicherheit verschaffen, und er muß immer besorgen, daß ein Dritter eine coram notario et testibus früher ausgestellte Verschreibung producirt. Je strenger daher der Richter, in dieser Rücksicht, auf das Daseyn und die Beobachtung der zu einer hypotheca

**) Auch kann es kein pignus quasi publicum bewirken, wenn in der Obligation die Bestellung eines öffentlichen Pfandrechts blos versprochen ist. von Ramdohr a. a. O. S. 345.

16) In einigen Fällen ist vom Tribunal das Gegentheil angenommen. von Ramdohr a. a. O. S. 347.

quasi publica nothwendigen Erforderniſſe zu achten ha', deſto ſorgfältiger müſſen die Notarien ſowohl in der Wahl der zuzuziehenden Zeugen, als bei der Aufnahme der darüber zu fertigenden Inſtrumente verfahren; damit ſie den Gläubiger durch ihre Unachtſamkeit nicht um die Vortheile einer öffentlichen Hypothek bringen. Zur Vermeidung aller Zweifel und Streitigkeiten möchte es rathſam ſeyn, ſich folgender Formeln zu bedienen:

I. Wenn in der Obligation ſelbſt eine Hypothek beſtellt iſt:

„Nachdem die vorſtehende Obligation in meiner, des Notar, und der beiden requirirten Zeugen Gegenwart dem Schuldner .... deutlich vorgeleſen, deren Inhalt und insonderheit das darin beſtellte Pfandrecht von demſelben anerkannt und in unſerer Gegenwart nochmals von ihm erklärt war, dem Gläubiger ..... ein öffentliches Pfandrecht in ſeinem Vermögen conſtituiren zu wollen: ſo wird ſolches hiermit von uns beglaubigt, und die beſtellte Hypothek von mir, dem Notar, in vim hypothecae publicae confirmirt u. ſ. w."

II. Wenn die Hypothek in der Obligation nicht beſtellt iſt, und erſt coram notario et testibus conſtituirt wird:

„Nachdem die obige Schuldverſchreibung in meiner, des Notar, und der requirirten Zeugen Gegenwart dem Schuldner .... vorgeleſen und von ihm genehmigt; daneben auch von demſelben in meiner und der requirirten Zeugen Gegenwart erklärt war, für das in der vorſtehenden Obligation enthaltene Darlehn dem Gläubiger .... ein öffentliches Unterpfand in ſeinem Vermögen beſtellen zu wollen, und hiermit wirklich conſtituire; ſo wird ſolches hierdurch von uns beglaubigt, und die conſtituirte Hypo-

thek von mir, dem Notar, in vim hypothecae publicae confirmiret u. s. w.“ “

Alles dieß halten wir im Wesentlichen, so weit der Charakter einer öffentlichen Hypothek im Sinne des Röm. Rechts in Frage steht, für richtig, wir dürfen aber wol, mit Uebergehung alles Uebrigen, fragen, wie steht dieß mit den oben dargelegten Ansichten von Pufendorf, Strube und selbst von Hagemann in Harmonie zu bringen; wie mit der verlangten ausdrücklichen Rogation, mit der ausdrücklichen Erklärung, daß die Hypothek eine öffentliche seyn solle, wie mit der obigen Theorie, von der Agnition, Anmeldung und Confirmation, wenn der Zweck der l. 11. C. cit. nur die Beweiskraft eines Instruments gegen Dritte seyn soll! Hier ist ganz die Theorie von Faber und Hellfeld angenommen.

Was für Gründe sind nun in allen Landestheilen vorhanden, wo die Deutschrechtliche Constitution einer Hypothek in dem Gerichte selbst nicht beybehalten ist, daß eine aus ganz andern Gründen vorgeschriebene Confirmation, Offenbarung und zum Theil auch Anmeldung, für sich allein oder in Verbindung mit einem öffentlichen oder gleichsam öffentlichen Instrumente keine öffentliche Hypothek geben soll? Diese offenbaren Widersprüche hat der Verfasser nicht gelöst. —

Hier ist also ausdrücklich 1817 erkannt, daß das Wörtlein: öffentlich in den Notariatsinstrumenten und quasi publicis nicht nöthig sey, aber Hagemann hat es doch für rathsam gehalten, es in die Formulare mit aufzunehmen. Wo bleibt hier namentlich bey Immobilien die Nothwendigkeit der Confirmation in foro rei sitae?

Ferner wird sich unten ergeben, daß durch die transitorischen Verordnungen von 1814 und 15 der irrige Be-

griff der Oeffentlichkeit hinsichtlich der notariales und quasi publicae indirecte bestätigt wurde; Hagemann thut aber gar nicht, als wenn er damals mit in Rathen und Thaten gewesen wäre!

Fünfter Abschnitt.

§. 26.

Wenden wir uns nun zu den Juristischen Erfahrungen ꝛc. von Ramdohr, deren langer Titel, vereint mit dem des Verfassers, schon ergiebt, daß man sowol von der behandelten Materie, als der Persönlichkeit des Schriftstellers etwas sehr Bedeutendes zu erwarten habe, denn welchem andern Individuo möchte es wol gelingen, über einige der wichtigsten Rechte des Continents in ihrem ganzen Umfange von A bis Z Erfahrungen zu machen, und diese in einem alphabetischen Repertorio leicht und geistreich zu deponiren, und zu gleicher Zeit wie ein Proteus den Staatskalender und den Meßcatalog, diese beiden großen Sternbilder des Deutschen Firmaments, welche bey der Schöpfung vergessen zu seyn scheinen, fast ein halbes Jahrhundert hindurch als Künstler und als Kunstrichter; als bel esprit und als Aesthetiker; als Richter in den höheren Dikasterien, als politischer und als juristischer Schriftsteller, sogar, wie wir, mit legislativen Seitenblicken; als Repräsentant des Landes und als Hofmann in einer wahren Kometenellipse zu durchwandern, und am Ende als Gesandter sich im köstlichen

Neapel zu fixiren, und dort, wie die Zeitungen tragisch meldeten, bey der Retraite der Diplomaten vor der Cortesconstitution, ein trauriges Gesicht zu machen! — Die Werke eines solchen umfassenden Geistes zu messen, dazu versagte uns die leider etwas ökonomische Vorsehung die Elle, und es bleibt uns hier nichts Anderes übrig, als den Genius zu Hülfe zu rufen, welchem, als dem Lieblinge der Götter, das rechte Maaß für Kunst, Wissenschaft und Natur verliehen wurde *), wobey wir so glücklich sind, durch diese wohlfeile Wendung zugleich auf eine treffende Weise zu der, wie wir hören, jetzt so sehr beliebten Manier des

*) Göthe's Werke. Band 29. pag. 121. 1829. 16.
Wir brauchen kaum zu bemerken, daß der große Dichter von dem Ramdohrschen, wenn gleich nicht genannten, Werke „Ueber Mahlerei und Bildhauerarbeit in Rom rc. Leipzig 1787." spricht; das Wunderbare ist aber, daß jene Kritik fast in allen Zügen so ganz auf die „Juristischen Erfahrungen" desselben Verfassers, welche damals nicht einst gemacht waren, paßt, als wenn sie dafür besonders mit Meisterhand geschrieben wäre, ein neuer Beweis der unendlichen Größe und vorzüglich der psychologischen Penetration jenes Genius. —
So wenig als dieser dem Dilettanten in der Kunst alles Verdienst abspricht, eben so wenig wir dem Dilettanten in der Jurisprudenz, welcher, bey der Unbefangenheit seiner Ansicht, und der Leichtigkeit der Auffassung, dennoch manchem alten juristischen Sauertopfe überlegen ist, und von dem, bey gehöriger besserer Concentrirung, es nur abgehangen hätte, wenn nicht etwas sehr Tiefes, doch nicht Unbedeutendes im Alter zu leisten. Die Unbefangenheit seiner Ansicht wird sich unten schon von selbst an den Tag legen. Im Lande geht aber die Sage, daß die Juristischen Erfahrungen, wenn gleich der Verfasser später Diplomat wurde, doch nicht immer mit diplomatischer Genauigkeit gemacht seyen.

Selbstrecensirens, wenn gleich leider nicht unserer Personalien, doch unsers eigenen Werkes, obwol dieß Mal nur im übeln Sinne, uns bekennen zu dürfen, und dadurch alle fremden Recensionen überflüssig zu machen. —

„Es ist ein Deutsches Product, und, was schlimmer ist, eines Deutschen Cavaliers. Es scheint ein junger Mann zu seyn, der Energie hat, aber voller Prätensionen steckt, der sich Mühe gegeben hat herumzulaufen, zu notiren, zu hören, zu horchen, zu lesen. Er hat gewußt, dem Werke einen Anschein von Ganzheit zu geben, es ist darin viel Wahres und Gutes, gleich daneben Falsches und Albernes, Gedachtes und Nachgeschwatztes, Longueurs und Echappaden. Wer es auch in der Entfernung(!) durchsieht, wird bald merken, welch monstroses Mitteldding zwischen Compilation und eigen gedachtem Werk dieses voluminose Opus geworden sey."

Machen wir nun aus diesen Juristischen Erfahrungen, wie im Piquet, noch eine kleine Nachlese, jedoch natürlich mit Uebergehung des aus den Vorgängern und auch aus Ramdohr selbst bereits von uns Excerpirten, da ja das Werk selbst nur ein Repertorium ist, indeß, wie sich zeigen wird, sehr raisonné! Der geneigte Leser wird dabey aber gütigst übersehen, daß schon Hagemann (S 133 ff.) einige der nachstehenden Präjudizien citirt hat.

Die betreffende Materie steht Th. 2. pag. 336 seqq., und ist in mehrere §§. vertheilt. — Wir wollen diese Anordnung beybehalten.

§. 2. Form der Hypothek.

1) Oeffentliche, und der Form nach gerichtliche (publica et judicialis quoad formam).

Zuvörderst ist hier pag. 337. ein Präjudiz des höchsten Gerichts von 1794 angeführt, nach welchem eine Privat-

hypothek, um deren gerichtliche Confirmation der Creditor nachsucht, durch die ertheilte Confirmation nicht zur öffentlichen wird, so wenig als durch Agnition des Schuldners im Gericht.

Das pag. 338. angeführte Präjudiz vom 9. Juli 1791 übergehen wir, obgleich auch darin mit die Ansicht scheint haben liegen zu sollen, daß die Hypothek bey der Bestellung als eine öffentliche bezeichnet werden müsse.

pag. 338.

„Es war eine Commission von einem höheren Gerichtshofe ernannt, zur Auseinandersetzung der Geschwister. Vor dieser Commission bestellten die Brüder der Schwester eine Hypothek, jedoch ohne zu sagen, daß sie publica seyn sollte. In fine protocolli war bemerkt, daß dasselbe wieder vorgelesen, von beiden Theilen genehmigt, und daß diese zugleich die Commission gebeten hatten, den Vergleich zu approbiren. Die Commission erklärte: Man lasse es bey dem verlesenen und genehmigten Recesse in allen Punkten und Clauseln bewenden. Quaerebatur: ist dieß eine hypotheca publica, vel quasi publica, da ein Actuarius und zwei Deputati aus einem höheren Gerichte zugegen waren? Es ist erkannt: sie sey eine bloße Privathypothek, weil es an der ausdrücklichen Declaration der Constituenten, der Commissarien und der Zeugen (?) fehle, auch diese nicht subscribirt hätten."

Das Präjudiz ist von 1794.

Auch hier dieselbe Erscheinung; nach Deutschem Rechte ist natürlich keine öffentliche Hypothek vorhanden, da die Deputirung zu deren Aufnahme nicht geschehen war, wie alle Rechtslehrer, welche über die Deutsche Hypothek geschrieben haben, erfordern, auch keine causae cognitio und

Confirmation erfolgte, und eine öffentliche Hypothek wäre auch nicht vorhanden gewesen, wenn das Wort „öffentlich" zehn Mal von allen Seiten gebraucht wäre. Allein wohl war eine öffentliche Hypothek im Sinne des Röm. Rechts vorhanden, da das Protocoll ein öffentliches Instrument war, und eine solche Constitution einer Römischen Hypothek als ein bloßes Accessorium der Hauptverbindlichkeit, auch ohne besondere Deputirung, nach unserer Ansicht, zu Protocoll genommen werden kann, weil es dazu weder einer causae cognitio, noch einer Confirmation bedarf. —

Auch war die Entscheidung nicht hierauf, sondern auf den Mangel des Worts öffentlich gestellt, und aus diesem Grunde und dem Mangel der Unterschrift der Zeugen wurde auch angenommen, daß keine quasi publica vorhanden sey. —

Dieß Letztere war ja außerdem eine ganz irrige Auffassung der Sache, da ja nicht von einer hypotheca notarialis oder quasi publica vor drei Zeugen und deren Requisiten die Rede seyn konnte, sondern von einer vor einer öffentlichen Staatsbehörde aufgenommenen. Wollte man also aus dem Standpunkte des Römischen Rechts einen Zweifel erregen, so war es dieser: ob eine Deputation für den Hauptvertrag auch dadurch von selbst für die Aufnahme des accessorischen competent sey, was wir nach jenem Rechte nicht bezweifeln. Man kann aber 1000 gegen 1 wetten, daß hier bloß die Grundsätze des reinen Römischen Rechts in Betracht kamen, da die Interessenten Exemte waren, und bey deren Gütern wenigstens nirgends eine Anmeldung und Confirmation vorgeschrieben ist. —

„In folgenden Fällen hat das Tribunal eine mildere Meinung angenommen." —

pag. 339.

„Wenn Debitor und Creditor übereinkommen, einen Cautionsschein, worin eine Hypothek bestellt ist, in judicio rei sitae ingrossiren zu lassen, und es geschieht, so ist dies eine öffentliche Hypothek, wenn gleich nicht in judicio erklärt ist, daß sie in vim hypothecae publicae constituirt werden solle."

Das Präjudiz ist von 1786, und der Gläubiger war wenigstens exemt.

Unzweifelhaft ist dieß eine öffentliche Hypothek im Sinne des Röm. Rechts, weil die ingrossirende Behörde fidem publicam hat. Allein dahin geht offenbar die Entscheidung nicht, sondern es liegen ihr, bewußt oder unbewußt, die Deutschrechtlichen Maximen zum Grunde, denn woher käme sonst das judicium rei sitae?

Ferner liegen ihr diese Maximen auch nicht rein zum Grunde, denn nach Deutschem Rechte kann keine bloße Ingrossation, namentlich wenn sie vom Creditor allein erwirkt wird, wovon das Gegentheil nicht gesagt ist, die Stelle der causae cognitio, der constitutio judicialis, oder confirmatio vertreten. Dieß ist eine offenbare Anticipation eines Zustandes, wo die Publicität durch die Ingrossation allein schon gegeben wird, wie in Frankreich, Baiern und Preußen. Denn wo ist sonst die Grenze zwischen der Römischen und der Deutschen Hypothek?

Hier tritt außerdem wieder die Maxime auf, daß die Erklärung der Partheien über die Art der Hypothek solche afficiren könne.

Ferner, wie harmoniren diese Grundsätze mit den oben von Pufendorf, Strube und Hagemann exponirten Maximen von der vis hypothecae publicae?

„In einer Obligation war von den Partheien gesagt: sie wollten eine Hypothek bestellen. Der Gerichtsverwalter hatte darunter notirt: als der Schuldner diese Verschreibung dem Gerichte ad confirmandum übergeben, damit solche in majorem fidem vires instrumenti publici erlangen möchte, so wird die gebetene Confirmation ertheilt. Die Forderung war in der Folge wirklich ins Ingrossationsbuch eingetragen. Quaerebatur: ist die Hypothek pro publica zu halten? Dieß ist angenommen, mittelst Präjudizes von 1786."

Daß eine Ingrossation statutarisch nothwendig gewesen sey, ist nicht gesagt.

Gewiß mit vollem Grunde nach Römischen Maximen, es mag nun die fragliche Obligation ein Privat- oder bereits ein Notariats-Instrument gewesen seyn, aber schwerlich nach Deutschen Rechtsgrundsätzen, weil keine gerichtliche Constitution vorhanden war *).

Ferner, wie stimmt diese Entscheidung mit dem obigen (S. 146.) von Ramdohr aufgeführten Falle von 1794 überein, wo ja die Entscheidung bloß dahin gestellt wurde, weil die Hypothek nicht ausdrücklich als öffentliche bestellt sey? Ferner, wie mit den anderen früheren Fällen, nach denen bey der Confirmation immer bemerkt werden soll, daß sie in vim hypothecae publicae verlangt werde, und wonach ohne ein solches Gesuch selbst die confirmatio in vim hypothecae publicae die Kraft der Oeffentlichkeit nicht geben soll?

Hier wurde aber das Gesuch um Confirmation: „damit die Verschreibung in majorem fidem vires instrumenti publici erlangen möge," entweder der gerichtlichen Constitution oder der Erklärung, daß es eine

*) Schweder l. cit. §. 2. Harprecht §. 13.

öfffentliche Hypothek seyn solle, gleichgesetzt. In der Materie war dieß gewiß der Fall, aber schwerlich in der sonst verlangten Form. Wo ist hier die Grenze?

Ferner, was kann die Ingrossation gemeinrechtlich für Rechte geben, wenn die Constitution nicht gehörig vorher geschehen ist, namentlich da, wo die Ingrossation überall keine Rechte gab?

Es entgeht uns freilich nicht, daß auch der Herr Geh. Legationsrath Eichhorn am oben angeführten Orte (§. 187. in der 3n Ausg. §. 189.) eine solche Einreichung von Seiten des Schuldners und darauf erfolgte Ingrossation für eine Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts hält; es wird jedoch dabey ausdrücklich bemerkt, daß der Schuldner in der außergerichtlichen Obligation eine gerichtliche Hypothek versprochen haben müsse.

Ferner fragen wir, wo ist die Grenze zwischen einer Römischen und Deutschen öffentlichen Hypothek, wenn eine vorhergehende außergerichtliche Constitution und bloße Ueberreichung des Documents an den Richter von Seiten des Schuldners angesehen werden soll als eine gerichtliche Constitution, und eine bloße Ingrossation als die causae cognitio et confirmatio von selbst einschließend *)?

Derselbe von uns sehr verehrte Schriftsteller, welchen wir gern als die höchste Auctorität im Deutschen Rechte anerkennen, reducirt, wie es scheint, auch bey der Confirmation alles auf die Absicht der Partheien, in welcher sie erbeten wird, und daß diese über die Wirkung außergerichtlich bestellter Hypotheken vornehmlich entscheiden soll. — Wir dürfen wol kaum eine entgegen-

*) Vergl. Gesterding pag. 256. erste Ausg. Dieser besteht mit Recht auf der Confirmation.

gesetzte Ansicht aussprechen. Man zeige uns aber nur für die Vollziehung die Grenzen der Geschäfte, und die Möglichkeit der sichern Ausmittelung der Absicht, wenn nicht alles den Fingern der Menschen anvertrauet werden soll, die in solchen Fällen oft ein Dritter aufheben muß, der von der Absicht eines Andern gar nichts wissen kann.

So wie man sich in Geschäften von der Form losreißt, so ist alles verloren, man giebt den Pferden den Zügel, und wir bezweifeln es, daß da, wo noch die wirkliche Deutsche Hypothek nach Statuten sich erhalten hat, wie in Hamburg, Lübeck, Hannover, Lauenburg und Braunschweig, jemals es geduldet wird, daß die Constitution auf diese Weise beschafft werde.

pag. 340.

Hier bezeugt auch Ramdohr, daß noch 1801 erkannt sey, daß die öffentliche Hypothek als ein actus jurisdictionis voluntariae bey jedem Richter, der fidem publicam habe, und in dem nämlichen Territorio wohne, bestellt werden könne, und daß eine vor dem foro domicilii zu Stade constituirte Hypothek auf alle in allen übrigen Provinzen des Hannöverschen (vor Acquisition der Preußischen und Hessischen Parcelen) belegenen Güter des Schuldners ihre Kraft äußere. Er selbst ist entgegengesetzter Ansicht und bemerkt dabey, daß das höchste Tribunal in einem unten näher zu berührenden Gutachten auf eine desfallsige gesetzliche Bestimmung angetragen habe, wovon wir den Erfolg bald näher beleuchten werden.

Nach dem Präjudize, welches bey Pufendorf Tom. IV. obs. 176. steht, und welches wir oben (S. 77.) analysirt haben, war entschieden, daß, wenn der Schuldner versprochen habe, eine Privathypothek gerichtlich confirmiren zu

lassen, und dieß von ihm ad effectum hypothecae judicialis geschehen, und dem Gläubiger die Obligation von ihm zugestellt sey, alsdann dieß eine öffentliche Hypothek sey. Hier ist der umgekehrte Fall:

„Die Regel, daß eine gerichtliche Hypothek von dem debitore selbst bestellt werden müsse, leidet dann ihren Abfall, wenn aufs Deutlichste erhellet, daß die Bestellung durch die Creditoren (!) nicht (soll heißen mit) des ersten Wissen, Willen und Genehmigung geschehen sey. Die Bierwirtschen Erben hatten auf ein dem Reg. Rath von Bülow vorgeliehenes Capital eine bloße Privathypothek. Sie kündigten ihm das Capital. Um sie zu beruhigen, versprach er ihnen eine gerichtliche Hypothek. Auf dieß Versprechen gestützt, wandten sie sich an die Justizcanzley, und baten um die gerichtliche Bestätigung. Die Canzley gab sie. Der Schuldner erhielt davon Nachricht und genehmigte. Das Tribunal fand kein Bedenken, dieser Hypothek jura der gerichtlichen beyzulegen, 1797."

Wir setzen natürlich voraus, daß das in Bezug genommene Versprechen einer gerichtlichen Hypothek in forma probante vorgelegen habe. —

Die actio hypothecaria ist ein judicium bonae fidei. Daß also eine öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen Rechts nach unserer Ansicht vorhanden war, bezweifeln wir, vorzüglich wegen der erfolgten Genehmigung, nicht, aber gar sehr nach Deutschem Rechte, welches ja zur Grundlage bey der Confirmation genommen wurde.

Ferner wird man diesen Fall wol nicht weiter in eine allgemeine Maxime auflösen können, als daß eine bloße Confirmation unter Zustimmung des Schuldners in die Confirmation genüge, um eine öffentliche Hypothek zu geben. In wie vielen Fällen wurde dagegen entschieden,

daß die bloße Confirmation auch auf Antrag und im Beyseyn des Schuldners keine öffentliche Hypothek gebe, ohne nach der Absicht zu fragen, welche er dabey etwa gehabt haben möchte. Sie sollte ausdrücklich in vim hyp. publ. verlangt werden.

Alsdann ist ein Präjudiz des höchsten Gerichts von 1772 angeführt, daß der Richter die Sufficienz der Hypothek nicht zu untersuchen brauche, wenn es nicht von ihm verlangt wird; wogegen Hagemann sich für die causae cognitio, namentlich auch in obiger Hinsicht (IV. 59.) irriger Weise, wie wir schon (S. 114. 115.) ausgeführt haben, erklärt hat. Dieß ist jedenfalls ein Zusatz des neueren Deutschen Rechts, welcher in der Regel eine Unmöglichkeit fordert.

Die Hypothek der Tutoren und Curatoren hat man bis zur Publication der Verordnung vom 13. Juni 1828 in der Hannöverschen Praxis für eine öffentliche gehalten, jedoch bloß aus dem Grunde, weil in der Eidesformel Haab und Güter verpfändet werden, und über die Beeidigung ein Protocoll, mithin ein öffentliches Instrument, aufgenommen wird. Die bisherigen Eidesformeln gingen aber bloß auf ein Pfand, nicht auf ein öffentliches. „Alles bey Verpfändung eurer Haab und Güter!"

Auf die Qualität und die Lage der Güter kam es dabey nicht an. Dieß geschah nach den Grundsätzen des Röm. Rechts, über das instrumentum publicum, und namentlich nach der Ansicht von der Wirkung einer gerichtlichen Hypothek auch außer dem foro rei sitae.

Dafür ist ein Präjudiz von 1795 angeführt.

§. 27.

2) Hypothecae confirmatio judicialis.

pag. 341.

„Nach meiner Ansicht kann die confirmatio judicialis durchaus von der constitutione hypothecae publicae nicht getrennt seyn."

„Man sagt zwar: die Confirmation habe bloß den Zweck, zu attestiren, omnia ita et rite acta esse. Aber dadurch wird ja offenbar die hypotheca im Sinne des Röm. Rechts publik; sie constirt ex instrumento publico, ex actu publico. Dem debitori auflegen zu wollen, daß er ausdrücklich erklären müsse, er wolle hypothecam publicam bestellen, und von dieser Erklärung die öffentliche Eigenschaft einer gerichtlich bestätigten Hypothek abhängig machen wollen, das heißt: dem debitori die Befugniß ertheilen, das, was öffentlich geschehen ist, für nicht öffentlich zu erklären."

Dieß ist ein bloßes eigenes Räsonnement des geistreichen Mannes, der, gerade weil er nicht ganz in den Banden der Jurisprudenz befangen war, wohl einsah, wohin dieß System führe, ohne Beleg aus sonstigen Hannöverschen Praktikern noch mit Präjudizien; im Gegentheil werden sogleich die entgegenstehenden Präjudize und Ausführungen bey Bülow und Hagemann citirt.

Aus dem Standpunkte des Röm. Rechts ist die Ansicht von Ramdohr unzweifelhaft richtig, so wie auch hinsichtlich des praktischen Effects der Nothwendigkeit des Ausdrucks publica, wogegen wir wenigstens nach Deutschem Rechte nicht annehmen können, daß eine bloße Confirmation gleiche Kraft wie die gerichtliche Constitution habe.

§. 28.

pag. 342 — 344.

3) „Hypothecae inscriptio sive ingrossatio.“

Dieß ist theils schon oben geprüft bey der Hagemannschen Erörterung IV. 59. (S. 111.), theils bloße Wiederholung der andern Präjudizien, theils gehört es nicht hierher.

pag. 345.

4) Hypotheca quasi publica oder coram notario et testibus seu coram tribus testibus constituta.

„In einer Obligation war die Bestellung einer öffentlichen Hypothek versprochen. Vor Notarien und Zeugen ward nachher folgendes unter die Obligation gesetzt: Subscriptionem ac subsignationem una cum testibus attestor. Hier ist diese Hypothek pro mere privata gehalten, und einer jüngeren öffentlichen nachgesetzt, verbis: Weilen in der Schuldverschreibung kein öffentliches Pfand bestellet, sondern vom Notario nur Hand und Siegel attestirt worden, 1786.“

Was den ersten Entscheidungsgrund betrifft, so sind wir über dessen eigentliche Tendenz zweifelhaft; soll er heißen: weil die Constitution der Hypothek als einer öffentlichen Hypothek vor Notar und Zeugen nicht geschehen, sondern früher bloß versprochen und dann nicht wiederholt worden, oder weil keine Confirmation in vim hypothecae publicae geschehen? Nach den andern Präjudizen kann man wol nur annehmen, daß der angebliche Fehler aus der nicht geschehenen Wiederholung der Constitution vor Notar und Zeugen bestehen, und daß die bloße Recognition vor Notar und Zeugen der Hypothek die Kraft der Oeffentlichkeit nicht geben sollte.

Ferner soll nach den obigen Präjudizen (S. 77.) eine versprochene gerichtliche Hypothek, wenn demnächst die

gerichtliche Confirmation hinzutritt, eine öffentliche werden, sogar auf einseitigen Antrag des Gläubigers und Genehmigung des Schuldners, warum nicht also auch eine versprochene öffentliche Notariatshypothek, wenn das Versprechen vor dem Notare demnächst gehörig agnoscirt wird? Wir setzen natürlich voraus, daß Zeugen und Notar Kenntniß von dem Acte hatten.

Indeß kann man auch in dem vorliegenden Falle sagen, daß es an der wirklichen Constitution der Hypothek gänzlich gefehlt habe, und daß dieser Mangel auch durch die coram notario geschehene Anerkennung des bloßen Versprechens der Hypothek nicht gehoben sey, wonach es denn zweifelhaft werden würde, ob überhaupt in diesem Falle eine Hypothek vorhanden gewesen sey. Auf diese Fährte kam man aber, wie es scheint, gar nicht. Nach unserer Ansicht mußte man entweder eine öffentliche Hypothek oder gar keine als vorhanden annehmen (vergl. S. 139, 149, 152.).

pag. 346.

„Das Hofgericht hatte dem Gläubiger, der eine hypotheca quasi publica geltend machte, aufgegeben zu erweisen: 1) daß die Zeugen das Instrument, worin sie constituirt war, unterschrieben; 2) daß sie dazu rogirt worden; 3) daß sie das Instrument gelesen; 4) daß sie Kenntniß von der Bestellung der Hypothek gehabt hätten. Das Tribunal hat es für zureichend gehalten, wenn erwiesen würde, daß den unterschriebenen dreien Zeugen vor oder bey der Unterschrift und Untersiegelung des Cautionsreverses von dem Debitore bekannt gemacht sey, wie durch diesen Cautionsrevers dem Creditori eine öffentliche Hypothek bestellt sey. 1787."

Das Interlocut des Hofgerichts enthielt gewiß Käse

auf Butter, was unser Niedersächsischer Bauer doppelte Courage nennt!

Von der Ansicht der Nothwendigkeit einer besondern eigentlichen Rogation bey einer quasi publica vor drei Zeugen, wo die formellen, bey den Testamenten allein vorgeschriebenen, Bestimmungen der Notariatsordnung nicht Platz greifen, ist also hier das höchste Gericht abgegangen, und hat diesen Punkt auf eine gewöhnliche Bekanntmachung des Zwecks des Actes beschränkt, und diese Ansicht wird denn auch im Wesentlichen hoffentlich das Landesrecht bleiben. Wir können jene Ansicht noch durch die Analogie der declaratorischen Königl. Verordnung vom 29. Oct. 1822 *) stützen, welche den Unfug der Beweise hinsichtlich der besonderen Rogation bey den Testamenten abschafft, und bey den mündlich errichteten Testamenten keinen desfallsigen Beweis für erforderlich erklärt, bey den schriftlichen aber nur fordert, daß darin die Zuziehung der unterschriebenen Zeugen, auch nur im Allgemeinen, ohne besondere Rogation, angeführt sey. Wenn aber in dem Testamente selbst keiner Zuziehung von Zeugen gedacht ist, und sich dennoch unter demselben die Unterschriften der Zeugen befinden, so wird der Beweis der Rogation und der Unterschrift des Testirers in der Zeugen Gegenwart gefordert.

Dagegen ist in Gemäßheit der Pufendorfschen Ausführungen namentlich in der Animadversion 98. §. IV. (s. oben S. 82.) daran festgehalten, daß die Zeugen auch davon unterrichtet seyn müssen, daß gerade eine öffentliche Hypothek bestellt werden solle, worüber wir uns schon ausgesprochen.

*) Gesetzsammlung. 1822. I. pag. 385. 386.

Daneben scheint es, als wenn auch dieser letztere Punkt in dem Instrumente nicht stand, und alsdann kämen wir zu dem Resultate, daß neben dem Instrumente ein solcher Beweis zulässig sey, wenn die constitutio in vim hypothecae publicae behauptet und geläugnet wird, und nicht aus dem Instrumente hervorgeht. Dieß ist auch nach unserer Ansicht richtig, aber für den Credit ein sehr übles Resultat, weil alsdann die Qualität der Hypothek von einem sehr ungewissen Zeugenbeweise ex post abhängig gemacht wird, und zwar über einen Punkt, von welchem ein gewöhnlicher Zeuge in der Regel gar keinen Begriff haben kann. —

Der folgende Fall erhebt dieß aber über allen Zweifel.

„Zu ihrer — der hyp. notarialis und quasi publica — Gültigkeit ist genug, daß den unterschriebenen dreien Zeugen vor oder bey der Unterschrift der Obligation von dem Debitore bekannt gemacht werde, welchergestalt er zur Sicherheit des Creditoris eine öffentliche Hypothek an seinem Vermögen bestelle, und wenn dieß nicht aus der Unterschrift erhellet, so ist dieserhalb der Beweis nachzulassen. 1787."

Also erst wird ein falscher bodenloser Begriff in das Recht eingeführt, und sodann darüber der Beweis nachgelassen! Wo bleibt hier aber der „gute Credit?" In legislativer Hinsicht dürfte man bey diesem und ähnlichen Punkten höchstens den Gegenbeweis nachlassen, und die neueren Legislationen haben bekanntlich in solchen Fällen alle Beweisführung abgeschnitten, wovon an einem andern Orte.

„Ein Notar hatte unter eine vor zwei Zeugen vollzogene Obligation, worin eine Hypothek bestellt war, attestirt, daß der Debitor die Obligation in seiner und der Zeugen Gegenwart vor der Vollziehung durchgelesen

habe. Das Tribunal sprach dieser Hypothek den Effect der öffentlichen ab, weil die Obligation den Zeugen hätte vorgelesen werden müssen. — 1794." —

Dieß läuft auf das Obige hinaus, daß die Zeugen Kenntniß von dem Acte haben müssen.

Von dem Worte öffentlich ist hier nicht die Rede.

„Mit obigen Grundsätzen, die, so lange die bisherige Verfassung dauert, sehr strenge zu seyn scheinen, streiten zwei neuere Erkenntnisse."

Die bisherige Verfassung wird gewiß nicht lange mehr dauern. —

„Wenn in einer Obligation enthalten ist, daß eine Hypothek bestellt werde, und die Notarien und Zeugen attestiren nachher, daß die Obligation in ihrer Gegenwart unterschrieben und untersiegelt sey, addita clausula: „und wird die Hypothek hiermit in vim hypothecae publicae von mir confirmirt!" so ist dieß für eine öffentliche Hypothek zu halten. 1795."

Hier ist also sowol von der Kenntniß der Zeugen, als von dem Worte öffentlich abstrahirt, ja es scheint im Gegensatze gegen die obigen Präjudizien Beweis und Gegenbeweis darüber abgeschnitten zu seyn, und es hängt also lediglich von dem Notare ab, ob er die Clausel, in vim hypothecae publicae, hinzufügen, und dadurch der Hypothek den Charakter der Oeffentlichkeit geben will. —

Das Röm. Recht, welches doch unzweifelhaft allein die Quelle der hypoth. notarialis ist, kennt aber überall die Nothwendigkeit der Confirmation, ein Institut der neueren Welt, nicht, am wenigsten auf die angegebene Weise; es kennt nur hie und da eine causae cognitio, nicht aber was wir bey Contracten Confirmation nennen. —

Will man den Gebrauch des Wortes öffentlich für nothwendig halten, so ist es doch wol natürlicher, diese Nothwendigkeit bey der Constitution vorzuschreiben, weil sie hier einen Sinn haben kann, als bey der Confirmation allein!

Wer „bey der bisherigen Verfassung" vorsichtig gehen will, der muß sowol bey der Constitution als bey der Confirmation das Wort öffentlich gebrauchen lassen, denn ohne ein bedeutendes Quantum Oeffentlichkeit geht es jetzt nun einmal nicht ab. —

Ferner fragen wir überhaupt, woher kommt denn die Confirmation der Hypothek durch den Notar? Bey der Deutschrechtlichen Hypothek durch den Richter ist ihr Ursprung hinlänglich bekannt. Das Röm. Recht kann nichts darüber enthalten, die Notariatsordnung erwähnt keinerlei Art von Confirmation von Seiten der Notarien und auch nicht einmal der Hypothekbestellungen vor ihnen, wahrscheinlich nicht ohne Grund, und der Herr Geh. Leg. R. Eichhorn sagt im §. 94. seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht sehr richtig, „daß die Notare niemals den Mangel einer gerichtlichen Bestätigung ersetzen können." Im Canonischen Rechte finden wir auch nichts hierüber *). Wir können leider in der Eile die gesetzliche Quelle nicht auffinden. Sollte es nicht auch bloß, wie wir fast annehmen müssen, eine poetische Uebertragung von der Deutschen Hypothek seyn? Also ein Sattel vom Pferde auf den Esel gelegt? War dieß eventualiter usu fori gemeinsames Deutsches Gut geworden, oder bloß Hannöversches? Wir wissen es nicht, glauben jenes aber nimmermehr!

*) J. H. Böhmer J. E. Prot. Lib. II. Tit. XXX.

pag. 347.

„Der debitor verspricht in der Obligation die Verzinsung a die confirmationis und der Notar setzt darunter: er confirmire in vim hypothecae publicae. Ist dieß hypotheca publica? Viele behaupteten: Nein! weil nicht constire, daß die Zeugen Wissenschaft davon erhalten. Aber Majora nahmen hypothecam quasi publicam an. 1795. In eben der Sache ist man in zweien Fällen weiter gegangen, und hat angenommen, daß, wenn auch aus der Obligation de animo constituendi hypothecam quasi publicam nicht constire, dennoch die Confirmation des Notarii in vim publicae zureiche."

Hier ist man also von der Theorie des animus ganz abgewichen, und hat sich dagegen zu der bekannt, daß es von dem Notare abhänge, ob er einem von ihm aufgenommenen Instrumente die Kraft der Oeffentlichkeit beylegen wolle oder nicht. —

Angeblich aus Strubens Rechtlichen Bedenken Th. V. №. 15. der alten, Th. III. №. 790. der neuen Ausgabe ist hier noch angeführt:

„Wenn ein Notar bloß zur Bestätigung der intercessionis mulieris adhibirt wird; so wird dadurch die Hypothek, die in dem von ihm unterschriebenen documento bestellt ist, nicht zur öffentlichen."

Dieß würde entweder auf der Theorie, daß eine Hypothek, wenn sie auch in einem öffentlichen Instrumente enthalten ist, dadurch nicht zur öffentlichen werde, oder auf der Ansicht, daß eine Confirmation durch den Notar nothwendig sey, beruhen.

Allein es kommt der obige Satz bloß in den Zweifelsgründen eines an dem citirten Orte abgedruckten Urtheils der Hallischen Juristenfacultät von 1772 vor; die Ent-

scheidungsgründe, und zwar zur directen Widerlegung jenes obigen Satzes, gehen dahin:

„Hiernächst den denen Imploranten mit vorgezogenen Mitgläubiger Müller besonders anlangend, dessen Hypothek, wenn sie gleich jünger, doch als eine hypotheca quasi publica den Vorzug haben muß, immaßen besage der Unterschrift des Notarii, welche sich bey der Schuldverschreibung — findet, derselbe bezeuget, es sey die Schuldverschreibung von dem gemeinen Schuldner in seiner und der Zeugen Gegenwart unterschrieben worden, folglich da in dieser Schuldverschreibung die Hypothek ausdrücklich constituirt ist, dieselbe allerdings für eine beglaubte Hypothek zu halten, wenn gleich die constitutio hypothecae nicht durch den Notarium oder mit seiner Einwilligung geschehen ist, als welches alles zu einer hypotheca quasi publica nicht erfordert wird, sondern genug ist, daß aus der Unterschrift erhellet, es habe mit der Constitution der Hypothek und der Zeit, da sie geschehen seyn soll, seine Richtigkeit.

l. 11. C. Qui pot. in pign.“

Hier ist also gerade die von uns befolgte Theorie, daß der Charakter der Oeffentlichkeit des Instruments, die date certaine, nach Röm. Rechte genüge, ausgeführt, im Gegensatze gegen die Ansicht, daß die Constitution selbst, Gott weiß noch mit welchen Anhängseln, vor Notar und Zeugen geschehen müsse.

Man sieht, wie man sich auf die diplomatische Genauigkeit der Diplomaten, wenn wir unsern Freund Bunsen in Rom ausnehmen, verlassen kann!

§. 29.

Die Juristische Zeitschrift des Herrn Advocaten Gans in Celle enthält über den fraglichen Gegenstand nichts.

Die Juristische Zeitung für das Königr. Hannover von dem Herrn Justizrathe Schlüter und dem Herrn Dr. Wallis, die wir den Nichthannoveranern, welche die jetzige Lage des Rechts im Königr. Hannover kennen lernen wollen, dringend empfehlen, da sie keiner Empfehlung für den Inländer, am wenigsten von uns, bedarf, haben wir schon oben (S. 79 u. 80.) bey einem Punkte citirt. Sonst enthält auch sie bis zum 1. Octbr. 1831 incl. nichts hinsichtlich des Begriffes der öffentlichen Hypothek jure antiquo. Was sie hinsichtlich jenes Begriffes jure novo enthält, werden wir unten berühren.

Sed haec hactenus! Und wir fürchten nur zu viel! Wir werden also um so mehr Entschuldigung finden, wenn wir diesen oder jenen Fall in den betreffenden Schriftstellern übersehen haben sollten, was wir jedoch nicht fürchten, oder wenn in einem oder dem andern nicht so bekannten Werke etwas über diese Materie, vielleicht nur als Wiederholung, vorkommen sollte, dessen wir uns nicht erinnert haben. Es würde dadurch schwerlich eine größere Consonanz in den obigen Actenextract gekommen seyn. Wir haben solchen auch nur um deswillen so ausführlich und auf eine so ächt pedantische Weise gegeben, damit wir vor dem Vorwurfe einseitiger Darstellung, welcher nur zu leicht kurze Actenextracte trifft, wenn man dazu nicht das beneidenswerthe Talent des Franzosen besitzt, in einer sonst kaum glaublichen Materie sicher seyen, und damit der geneigte Leser selbst, wenn er sich durchzuschlagen vermocht, causam cognosciren und selbstständig votiren könne.

Von der clausula intabulandi ist in den obigen Schriftstellern, so weit wir gesehen haben, nur eine Andeutung, nämlich in dem S. 97 ff. abgedruckten Bedenken von Strube 269. (II. 45.), und auch dieses berührt mehr die Materie dieser Clausel, welche sehr vielseitig seyn kann, als die formelle Clausel selbst. — Die fragliche Andeutung hat auch nur Bezug auf die oben analysirten städtischen Verordnungen. — Wie aber dessen ungeachtet der Bildungstrieb zu jener Clausel in dem obigen Stoffe, wenn gleich von den Verfassern, wie es scheint, nicht bemerkt, enthalten sey, das werden wir unten im §. 43. ausführen.

Sechster Abschnitt.

§. 30.

Werfen wir nun einen Blick zurück auf die Reise, welche wir durch die obige praktische Steppe bey der Oellampe, welche bekanntlich nicht mit der animi lucerna in dem schönen Gedichte des Mittelalters gemeint ist, gemacht haben; so concentriren sich wieder alle unsere juristischen Gefühle und Gedanken in dem Ausrufe des Ergasilus:

Miser homo est!

und darin wird gewiß der geneigte Leser mit uns übereinstimmen. — Ein süßer Lohn würde es für uns seyn, wenn wir nunmehro dem Leser, wie die schöne Ariadne, den Faden in die Hand geben könnten, welcher ihn aus diesem juristischen Labyrinthe wieder herausführte; allein leider wird uns dieser süße Lohn nicht zu Theil. Hülflos stehen wir in derselben Finsterniß, welche wahrscheinlich auch den Leser umfängt. — Directe Widersprüche sind wir leider nicht im Stande zu lösen, und die so häufigen und sinnreichen Versuche, welche unsere Herrn Collegen Doctoren in dieser Hinsicht, ungewarnt von der juristischen Dogmengeschichte und namentlich von dem pertinenten Schicksale des Schleiers

der Penelope, zu machen pflegen, schrecken uns nur noch mehr davon ab. Alles, was wir vermochten, haben wir bereits gethan; wir haben die Quelle der Verwirrung nachgewiesen, und gegen die Vermischung unvereinbarer geistiger Elemente allenthalben protestirt, und in kluger Bescheidenheit nehmen wir endlich zu dem Ausspruche des ländlichen Schiedsrichters unsere Zuflucht:

„Non nostrum, inter vos tantas componere lites!“
Virg.

Nur Eins vermögen wir allenfalls; die Grenzen ungefähr abzustecken, innerhalb deren sich die obigen Controversen bewegen, und auch diese nehmen wir absichtlich etwas zu weit.

Das Minimum der Bedingnisse, welches nach dem obigen Actenextracte an den Begriff einer Hypothek, wenn sie die Kraft der Oeffentlichkeit haben soll, gemacht wird, ist dieses, daß sie in einem öffentlichen oder gleichsam öffentlichen Instrumente quovis modo enthalten ist; das Maximum, daß sie bey unbeweglichen Sachen in foro rei sitae als eine öffentliche constituirt und als solche daselbst zugleich confirmirt ist, oder, eine andere Wendung, daß das bereits aufgenommene hypothekarische Instrument dem judex rei sitae in vim hypoth. publicae vom Schuldner präsentirt, und von dem judex rei sitae in vim hypothecae publicae confirmirt ist; die Ingrossation ist nur hinsichtlich der fraglichen städtischen Verordnungen ein oder das andere Mal gefordert. Bey den notariales und den eigentlichen quasi publicae hinsichtlich des Minimum dasselbe; hinsichtlich des Maximum, mutatis mutandis, gleichfalls, daß sie als öffentliche oder als gleichsam öffentliche constituirt, und daß Notar und Zeugen ausdrücklich zu diesem Behufe

rogirt sind, auch bey den notariales noch die Confirmation von dem Notare in vim hypothecae publicae hinzugefügt ist.

Der Notar darf aber, so viel wir wissen, in dem ganzen Gebiete der fraglichen Hypothekenverordnung instrumentiren *). Die Ansicht von Pufendorf ist in dieser Hinsicht, in sofern sie auch auf das Notariatswesen Bezug haben sollte (s. oben S. 85 ff.), niemals Praxis geworden.

So denken wir uns wenigstens Minimum und Maximum, wenn die Lücken hie und da consequent ausgefüllt werden sollen. Die Erwähnung der vis hypothecae publicae wurde aber früher, so viel wir wissen, nirgends bey der constitutio in foro rei sitae gefordert. —

Wir werden unten im §. 40 seqq. noch einige historisch-politische Betrachtungen über den obigen Actenextract anstellen, als eine Art Nachspiel; wir bedürfen desselben Materials aber zugleich als Vorspiels, weshalb der geneigte Leser sich gedulden muß, wenn er es nicht vorziehen sollte, jenes Doppelspiel hier als Nach- und dort als Vorspiel, jedoch gegen einfaches Entreegeld, anzuschauen. Wahrscheinlich wird ihm jedoch eine Vorstellung genügen.

*) Dieß ist auch wol durch die Verordnung vom 4. Junius 1822 nicht aufgehoben, wie es uns wenigstens scheint, weil danach der Notar nur den Wohnort nicht verwechseln darf, auf welchen er angewiesen ist. Keinesweges ist aber in jener Verordnung angedeutet, daß die Notare außerhalb des ihnen angewiesenen Domicils, sey dieß ein Amt oder eine Stadt, nicht instrumentiren sollen.

Bey den Gerichten ist dieß anders nach der Königl. Verordnung vom 29. Octbr. 1822, wie wir unten sehen werden. Ob nicht auch in dieser Hinsicht Uniformität zu wünschen sey, lassen wir dahin gestellt seyn. —

Siebenter Abschnitt.

§. 31.

Durch ein Landesgesetz war vor der Französischen Invasion keine der herausgehobenen Ansichten sanctionirt, es ist uns wenigstens nichts davon bekannt geworden, und in den obigen Schriftstellern und Entscheidungen ist nicht darauf Bezug genommen.

Alle jene obigen Erörterungen und Entscheidungen betreffen, wie wir schon im Anfange dieser Untersuchung bemerkt haben, lediglich die Landestheile und die Verhältnisse, in welchen das Römische Recht hinsichtlich der Constitution der Hypothek normirt, und wo nur in den verschiedenen Provinzen bald aus diesem, bald aus jenem Grunde und hinsichtlich des einen oder des andern Verhältnisses, irgend eine Form der Verlautbarung vorgeschrieben ist. —

Diejenigen Statuten, nach denen die wirkliche Constitution im Gerichte entweder noch jetzt erfordert wird, oder doch vorgeschrieben ist, werden wir an einem andern Orte Gelegenheit nehmen zu berühren. Sie sind in den obigen Schriftstellern, so viel diese Materie betrifft,

mit Ausnahme des Hannöverschen Statuts, auch nicht erwähnt, mithin dabey ganz außer Spiel gelassen, so daß bey der Analyse der obigen Ausführungen es sich nur fragt, was ist gemeinrechtlich eine hypotheca publica? Das gemeine Recht in den betreffenden Provinzen ist in dieser Hinsicht aber das Röm. Recht, wie gleichfalls der Actenextract bewährt hat. —

Auch ergiebt schon der Titel der angezogenen Schriften, oder das Jahr deren Druckes, daß die Institute der seit 1802 erworbenen Provinzen darin nicht berührt seyn können. Nur die jüngste hierher gehörige Erörterung von Hagemann (VI. 71.) (S. 133 ff.) über die quasi publicae fällt in die spätere Zeit.

§. 32.

Von den übrigen in dem obigen Actenextracte nicht berührten, aber innerhalb des Gebiets der fraglichen Hypothekenverordnung liegenden Statuten, wollen wir hier, mit Uebergehung der bloß städtischen, nur einige von denen erwähnen, welche für größere Bezirke oder Provinzen normiren, natürlich nur um zu prüfen, wie weit diese Statuten sich an den Begriff der Oeffentlichkeit im Sinne des Römischen oder des Deutschen Rechts angeschlossen haben.

Das ausführlichste, das consequenteste und bey weitem das beste aller hierher gehörigen größeren Statuten scheint uns die Osnabrücksche Concursordnung vom 20. November 1777 *) zu seyn, also zu einer Zeit gegeben, wo das Hochstift Osnabrück noch nicht unter dem directen Einflusse der Hannöverschen Legislatur und Gerichte stand, sondern so eine kleine behagliche, philiströse, aber doch geistig sehr rüh-

*) Codex Constit. Osnabrug. Th. I. Bd. 2. pag. 1170 seqq.

rige Familie für sich im heiligen Röm. Reiche ausmachte. Dieß Statut ist auch ein, wenig bekanntes, Verdienst des unsterblichen Möser, der, von currenten Geschäften gedrängt, doch noch das Beste mit in jene Welt hinübernehmen mußte, und das Zurückgelassene nicht vollenden konnte *). — Seine Mitarbeiter waren der damalige Vicecanzler Hartmann und der erste damalige Bürgermeister der Stadt Osnabrück Berghof.

Es umfaßt dieß Statut die ganze Provinz Osnabrück und alle Stände.

Vorzüglich ist es bemerkenswerth, wie jenes Gesetz, welches nur die Perspective auf die Einrichtung künftiger Hypothekenbücher nahm, es im Ganzen sehr gut verstand, den alten vorliegenden Zustand bis dahin zu repariren und auszuflicken, und doch erhebliche Verbesserungen herbeyzuführen, ohne an die Zeit und den Geldbeutel des Staats und der Unterthanen bedeutende Ansprüche zu machen; kurz sie verstand auf wohlfeile Art weise zu seyn, und mit Wenigem Viel auszurichten, eine Tugend, welche wir bey den Gesetzgebern, wie bey den Mechanikern, mit am höchsten anschlagen, in welcher aber leider das vorige Geschlecht das jetzige bey weitem übertraf.

Das vorige Geschlecht bestand fast aus lauter Altflikkern; wir arbeiten jetzt noch an dem neuen Leisten, über welchen wir das Leder zu neuen Schuhen alsdann ziehen

*) Bekanntlich hat Freund Stüve den dritten Theil der Osnabrückschen Geschichte aus Mösers Papieren herausgegeben, jedoch mit sehr erheblichen Zusätzen und Berichtigungen. Möge seine politische Thätigkeit ihn nicht verhindern, uns bald die Fortsetzung und Vollendung des ganzen Werks zu liefern! Indeß die Hauptsache ist immer die Gegenwart und Zukunft.

wollen. Mögen sie fertig werden, und uns keine Krähenaugen zu Wege bringen!

Jenes Gesetz ist jetzt in seiner geistigen Einheit gestört durch die neue Hannöversche Untergerichtsordnung vom J. 1827, welche das ganze Land, mit Ausnahme von Ostfriesland und Lingen, umfaßt, und auch ein schlechteres Concursverfahren enthält, so wie durch die Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828; wogegen Gottlob die Verordnung vom 21. Novbr. 1830 über das jus separationis ex jure crediti keine Anwendung auf das Osnabrücksche leidet, wie wir demnächst sehen werden.

Auch hier soll erst die sehr ungewisse Zukunft durch großartige allgemeine Landesgesetze über die Procedur und den Credit Ersatz für den gestörten Provinzialismus geben, eine Hauptaufgabe der Zeit nach allen Richtungen. —

Wir fragen hier nur: wie bestimmte jene Concursordnung den Begriff der öffentlichen Hypothek?

Sie kennt zuvörderst, auf das Vorhandene fortbauend, weder forum rei sitae, noch Confirmation, noch Ingrossation, und schließt sich mithin von selbst an das Röm. Recht an.

Der §. 33. rechnet sodann zu den öffentlichen Hypotheken:

1) Die gleich anfangs gerichtlich von dem Schuldner gestellten Pfandrechte.

2) Die zwar anfangs allein durch eine Privathandschrift des Schuldners verschriebenen, aber nachher entweder von dem Schuldner selbst, oder durch seinen besonders dazu Bevollmächtigten gerichtlich (quod bene notandum!) anerkannte Pfandverschreibungen von dem Tage dieser gerichtlichen Anerkennung anzurechnen.

Dieß ist selbst auf die, mit einer Hypothek versehenen, Vollmachten der Procuratoren ausgedehnt, welche Vollmachten sogar den Advocaten, so in der Sache, bekanntlich ohne besondere Vollmacht und Hypothek, gearbeitet haben, mit zu statten kommen sollen, und wir glauben mit vollem Rechte, da schon eine in so vieler Hinsicht um das Schicksal der Menschheit verdiente Legislation vorschreibt, daß man dem Ochsen, der da drischet, nicht das Maul verbinden soll, und dieses so äußerst humane Gesetz vorzüglich auf die im, früher oft sehr bequemen, Staatsdienste nicht befindlichen Diener der heiligen Themis analogisch, so viel als thunlich, angewandt werden sollte, da sie mehr im Dornen= als im Weinberge ihrer Schutzpatronin arbeiten *).

3) Das pignus judiciale.

4) Die von dem Schuldner in Gegenwart dreier ehrbarer Männer schriftlich ausgestellten ꝛc. Pfandverschreibungen, die sogenannten quasi publicae, von der darin beschriebenen Zeit der Ausstellung an, wenn die noch lebenden Zeugen ihre Unterschriften anerkannt, oder diese sonst auf eine andere gesetzmäßige Art beglaubet worden.

Die Agnition von Seiten des Schuldners, als gleiche Wirkung habend, wenn solche nämlich gerichtlich ge=

*) Geschrieben im Winter 1828 — 29.

Wir fürchten nicht, daß man die gute Absicht bey unserer Analogie verkennen werde; wir werden wenigstens für unsere Person niemals etwas dagegen einzuwenden haben, wenn das obige Gesetz auf uns analogisch angewandt werden sollte.

In den alten Provinzen ist es bekanntlich anders; der Procurator hat nur eine Privathypothek, und der Advocat nur ein Retentionsrecht an den Manualacten. Wo ist hier der Grund zu fortdauerndem Particularismus?

schehen, versteht sich von selbst, aber wol nur mit der Wirkung vom Tage der Agnition!

Alsdann sind 5) die stillschweigenden und gesetzlichen Hypotheken mit der Kraft der Oeffentlichkeit aufgeführt, und im §. 36. allen diesen öffentlichen Pfandrechten, dem dortigen Herkommen gemäß, die vor Notarien und Zeugen ausgestellten Pfandverschreibungen nach-, jedoch den Privathypotheken vorgesetzt, wahrscheinlich weil man der fides judicialis mehr zutraute als der notarialis, was namentlich auch die Bestimmung hinsichtlich der gerichtlichen Agnition ergiebt. —

Wir wenigstens können den §. 36. jenes Gesetzes nicht anders verstehen, als daß die hypotheca notarialis weder eine öffentliche, noch eine Privathypothek, sondern ein unglücklicher Zwitter zwischen beiden seyn soll, was uns in Beziehung auf die quasi publicae sehr inconsequent scheint, denn wenn ein Notar nicht so viel Glauben in seinem Geschäfte haben soll als irgend ein anderer Mensch, so muß man wol auf andere Weise über ihn verfügen.

Bey den obigen Bestimmungen sind folgende Lücken und Unbestimmtheiten:

1) Bey den quasi publicis, i. e. vor drei Zeugen, wenn die Zeugen ihre Unterschrift nicht vor Gericht, sondern vor Notar und Zeugen recognoscirt haben.

Man könnte vielleicht annehmen, daß sie mit den Notariatshypotheken gleich rangiren sollen, da es ein Widerspruch seyn würde, der Recognition vor einem Notare mehr Rechte beyzulegen, als der Constitution. Indeß ist es auch möglich, daß sie dessen ungeachtet als quasi publicae rangiren sollen, also vor den Notariatshypotheken, da die Verordnung nur eine Agnition der Un-

terschriften der Zeugen oder eine andere gesetzmäßige Art der Beglaubigung derselben fordert, und diese letztere auch durch Notare geschieht. Diese Ansicht ist wol die richtigere.

2) Eine Recognition einer quasi publica nicht durch die Zeugen oder vor Gericht, sondern durch den Schuldner allein vor Notar und Zeugen. Diese können wir als keine quasi publica ansehen, weil die Zeugen nicht recognoscirt haben; sie würde jedoch wol mit den Notariatshypotheken rangiren, weil die Verordnung der gerichtlichen Recognition dieselben Rechte beylegt als der gerichtlichen Constitution, mithin nicht anzunehmen steht, daß dieß bey Notariatsinstrumenten anders seyn solle.

3) Die Agnition der bloßen Privathypotheken vor Notar und Zeugen: diese würden aus denselben Gründen dieselbe Kraft als Notariatshypotheken haben.

Offenbar ist um deswillen kein Zusammenhang in dieser Legislation, weil man der quasi publica, ohne allen Grund, den Vorrang vor der Notariatshypothek gab, falls nicht von gerichtlicher Recognition derselben allein im §. 33. 4. die Rede seyn sollte.

Dieß ist, wie Gajus es nennen würde, eine wahre Inelegauz des Rechts, die, wie sich unten zeigen wird, sich auch gerächt hat, wie inelegante Schreibart an eleganten Juristen. —

Entweder gab die Persönlichkeit der damaligen Osnabrückschen Notare und die Art deren Ernennung eine hinlängliche Gewähr für deren Geschäftsführung, alsdann mußte man das in Bezug genommene Herkommen, wegen seiner Inelegauz, niederdrücken; oder sie thaten es nicht, alsdann mußte man das Institut reorganisiren.

Man sieht, daß hier die Theorie von der Oeffentlichkeit der Hypotheken, welche schon damals in den Althannöverschen Provinzen galt, nicht befolgt wurde, sondern daß man, die obige Ausnahme abgerechnet, lediglich das Röm. Recht, welches gerade in einigen Provinzen Westphalens auf eine unerklärliche Weise fast gänzlich durchgedrungen war, zu Grunde legte, und zwar in dem Sinne, wie solches Faber und Hellfeld verstanden hatten. —

Wir werden unten noch die obigen Bestimmungen berühren.

§. 33.

Sodann gehört hierher die Hildesheimsche Policeyordnung vom 20ten October 1665. Sie hat, wie wir annehmen, bloß auf die Bauern Bezug, wenn sie gleich auch hie und da auf die Städte angewandt seyn soll. —

Im §. 24 ist bestimmt, daß alle Ehestiftungen, Kaufbriefe, Contracte ꝛc. entweder „vor den Beamten und Gerichtsherrn behandelt, von denselben verfertigt oder bestätigt" ꝛc. werden sollen.

Diese Bestimmung hat große Aehnlichkeit mit dem Inhalte der Calenbergschen Verordnung vom 4ten April 1620, und läßt auch den Interessenten die Wahl zwischen Constitution und Confirmation.

Das Regierungspatent, die Confirmation der Contracte und Verträge betreffend, vom 14ten April 1738., verbietet die Confirmation, namentlich auch der Obligationen, auf einseitigen Antrag, und gebietet im Allgemeinen die vorherige Untersuchung. Sie hat sowol auf das platte Land als die Städte Bezug, legt aber diesen, wie wir glauben, das Gesetz der Confirmation nicht auf, da die Verordnung bloß eine Instruction für die

Officianten ist, wie sie bey der Confirmation procediren sollen.

Die Untersuchung und die Confirmation unter Zuziehung aller Interessenten ist noch speciell hinsichtlich der Meyer und namentlich rücksichtlich der Obligationen derselben in der Verordnung vom 20. Juni 1766. §. 17. vorgeschrieben.

Die Statuten der Stadt Hildesheim sind etwas zu intricat, als daß wir uns hier darauf einlassen möchten, und die Exemten im Lande lebten auch dort, wenn wir nicht irren, in soweit nach der lex Romana!

Für die Bauern steht also das Gesetz der Confirmation hinsichtlich der hypothekarischen Obligationen fest; sie haben jedoch die Wahl zwischen ursprünglicher gerichtlicher Constitution und Confirmation in soweit, daß sie sich auf letztere beschränken können.

In soweit wäre auch hier eine Modification der eigentlichen reinen Deutschen Hypothek bey diesem Punkte vorhanden.

Bei dem Adel und den Städten, mit Ausnahme der Stadt Hildesheim, scheint dagegen alles beliebig gewesen zu seyn, was wir aber nicht apodiktisch behaupten wollen. *) —

Von einer vis hypothecae publicae ist in den Hildesheimschen Constitutionen nicht die Rede.

§. 34.

Dagegen scheint es uns, daß in den Herzogthümern Bremen und Verden, auch abgesehn von den Statuten der Städte Verden, Stade und Buxtehude und von der Bestimmung in der Policeyordnung Cap. III. §. 4. hinsichtlich

*) Hildesheimsche Landesordnungen Th. I. S. 40. 286. 287. 383.

der nothwendigen Zuziehung der Gutsherrn und der Approbation der Beamten bei den Auslobungen der Aeltern an ihre Kinder *), sowie von der Verordnung vom 18. November 1735. hinsichtlich der Contracte über die herrschaftlichen Meyerländereien, die Hypothek im Deutschrechtlichen Sinne, mit einer geringen, außerdem controversen, Modification schon früher hergestellt sey. Auch abstrahiren wir hier natürlich von der causae cognitio.

Die betreffende Hypothekenlegislation ist in den Verordnungen vom 26. December 1741. §. 8., vom 7. Juni 1748. und vom 7. April 1769. enthalten **), und berührt das Gesetz der Confirmation nicht.

Jene Verordnungen gewährten für jene beiden Provinzen schon damals im Wesentlichen dasjenige, was die Königl. Hypotheken-Verordnung vom 13. Juni 1828. ihnen und den übrigen Provinzen, wo das Preußische Recht nicht gilt, gewähren soll; sie nahmen den Notariales und quasi publicae die Kraft der Oeffentlichkeit; sie führten das Hypothekenbuch ein, freilich auch ohne hinlängliche Bestimmung über dessen Einrichtung, und wol nicht nach einem besonnenen Plane, in welcher Hinsicht wir vorerst auf die beiden Ausführungen des Hr. Raths Stakemann zu Stade verweisen, welche in der Zeitschrift des Hr. Advocaten Gans in Celle Band I. stehen. Ja, seyen wir gerecht gegen die Vorzeit; jene Verordnungen leisteten in gewisser Hinsicht mehr als die vom 13. Juni 1828; sie hatten die Kühnheit, den früheren notariales und quasi publicae nur noch auf ein Jahr ihre gemeinschädliche

*) Policey-Ordnung für Bremen und Verden pag. 18 u. 19.

**) Fernerweiter Anhang rc. pag. 26. 27. pag 31. seqq. pag. 40. 41. Spangenberg Sammlung rc. Th. 2. pag. 260. 261.

Wirksamkeit zu lassen, jedoch mit angehängter Inelegantz des Rechts, daß sie alsdann auch nicht einmal als Privathypotheken mehr gelten sollten, obgleich man diese leider beybehielt, und sie führten, freilich auch erst nach bittern Erfahrungen, ein Protestationsbuch ein, über dessen politischen Werth pro et contra, oder Verdrängung durch ein besseres Institut, wir freilich hier nicht absprechen wollen. — Es wird also für jene beiden Provinzen, wie wir auch von einem befreundeten Geschäftsmanne aus Stade versichert sind, aus der Verordnung vom 13. Juni 1828 einstweilen wol kein erheblicher Vortheil erwachsen seyn, wol aber die Schwierigkeit der Combination derselben mit der bisherigen Legislation.

Doch zur Sache!

Nach der Verordnung vom 26. December 1741. §. 8. kann eine öffentliche Hypothek nur bestellt werden von den Canzleysässigen bey der Canzley, von den übrigen Einwohnern bey dem judicio rei sitae, und es soll zu dem Ende bey den Gerichten ein ordentliches Buch (eine schöne Breviloquenz!) gehalten werden, „worin die auf solche Art constituirten Hypotheken eingetragen werden." —

Der unlogische Gegensatz der beiden fora, das eine domicilii, das andere rei sitae, ergiebt sich von selbst, woraus denn die den Bremischen Geschäftsleuten bekannte Controverse entsprang, welche durch die Hypothekenverordnung von 1828., und durch die declaratorische Verordnung vom 17. October desselben Jahrs, welche bey unbeweglichen Sachen das Forum rei sitae allgemein durchgreifend gemacht haben, beseitigt ist, was wir gern als einen Gewinn anerkennen.

Hiernach können wir nur annehmen, daß die Constitution selbst im Gerichte geschehen, und daß die Ingrossation nur deren Anhang seyn soll.

Die Verordnung vom 7. Juni 1748. führt äußerst mäßige, 2 Rthl. nicht übersteigende, Ingrossationsgebühren ein, und bestimmt alsdann wörtlich:

3) „Die Ingrossation geschieht nicht anders, denn auf Gesuch und im Beyseyn sowol des Debitoris als des Creditoris, und die formula ingrossationis, eigenhändig vom judice loci im Pfandbuche geschrieben auch unterschrieben, muß folgender Maßen lauten:

Heute erscheint N. N. und bittet, in das Ingrossationsbuch zu setzen, daß, zur Sicherheit des im exhibito verschriebenen, gegenwärtiger Debitor N. N. ihm all sein Vermögen, insonderheit (hier ist die hypoth. specialis zu nennen) zur gerichtlichen Hypothek bestellen wollte.

Debitor quaesitus: Ob dem also seye? constituirt all sein Vermögen, in specie aber — zum Pfande, welches dann Creditor acceptirt.

Auf den ingrossirten Schuldbrief aber, oder Contract wird nur geschrieben" rc.

Spondesne? Spondeo!

Wir können leider noch nicht aus eigener Anschauung über die Geschäftsform, welche sich aus dem Obigen entwickelt hat, urtheilen, wahrscheinlich hat sich daraus aber nur ein bloßes chronologisches Ingrossations-Protocoll oder -Buch meistens gebildet, da die Verordnung voraussetzt, daß die Instrumente zur Ingrossation präsentirt und daß alsdann die obige Formel inscribirt werde, ungefähr so, wie aus der dortigen früheren Untergerichtsordnung, welche pro-

tocollarisches Verfahren vorschrieb, sich die Präsentation schriftlicher Recesse entwickelte.

Ferner scheinen die Begriffe der Bestellung und der Ingrossation hier zusammenfallen zu sollen, die nach der Verordnung von 1741 noch getrennt waren.

Wie dem indeß auch sey, so ist so viel gewiß, daß nur auf Gesuch und im Beyseyn des Debitors und Creditors, wahrscheinlich doch auch wol mit stillschweigendem Vorbehalte ihrer Specialbevollmächtigten, die Ingrossationen geschehen können, und darin liegt, das forum rei sitae vorausgesetzt, und abgesehen von der causae cognitio, um so mehr das Wesentliche der Deutschrechtlichen Hypothek, da es scheint, daß die Ingrossation die Bestellung absorbiren soll, wie unten unzweifelhaft wird.

Ferner ist von selbst klar, daß in der abgedruckten Formel die clausula intabulandi mehr als genügend enthalten ist. — Wahrscheinlich war dieß ein Creditcontagium aus dem Holsteinschen, wo, wie wir unten zeigen werden, jene Clausel sich früh entwickelt und erhalten hat. —

Für unseren Zweck ist noch besonders interessant, daß der Creditor nach der Formel den Ausdruck „zur gerichtlichen Hypothek bestellen" ausdrücklich gebrauchen soll, wogegen das Wörtlein „gerichtlich" von Seiten des Debitors fehlt, auf dessen animus „eine öffentliche oder gerichtliche Hypothek zu bestellen," doch der obige Actenextract ein vorzügliches Gewicht legt. — Möglicher Weise könnte die obige Formel in der Verordnung von 1748 hinsichtlich der clausula intabulandi aus der obs. 197. T. 1. von Pufendorf (S. oben S. 53.) geflossen seyn, da diese schon 1744 in Druck erschien; wir glauben dieß aber nicht, gerade weil dem Debitor nicht auch jenes Wörtlein in den Mund gelegt ist, sondern wir conjiciren,

wie schon gesagt, auf einen Ursprung aus dem Holsteinschen.

Die Verordnung von 1741 gebraucht den Ausdruck „öffentliche Hypothek;" diese: „gerichtliche Hypothek;" die Verordnung vom 7. April 1769 bedient sich gleichfalls dieses letztern Ausdrucks durchgehends und nur einmal des Wortes öffentlich. Beide Ausdrücke sind also in dieser Legislation ganz synonym, und bezeichnen ja auch in jenen beiden Provinzen dieselbe Sache, da es dort keine andere öffentliche Hypotheken als gerichtliche giebt. —

Auch hält die Verordnung von 1769 an dem Sprachgebrauche der Verordnung von 1748 in soweit ganz fest, daß sie die Ingrossation als Constitution oder Bestellung der Hypothek durchgehends bezeichnet. —

Man sieht also, wie sehr Unrecht der Verfasser früher *) gehabt hat, die vermeintliche Verwechselung dieser beiden Begriffe „der Wirtembergschen, nicht besonders behende fliegenden hypothekarischen Schwalbe von 1825" als auctori rixae, wie man zu sagen pflegt, in die Schuhe zu gießen, falls sie solche haben sollte; im Gegentheil, uns Hannoveranern gebührt die Ehre der Erfindung dieser Breviloquenz, falls nicht auch, wie wir jedoch hoffen, auf Concipienten von Verordnungen die Rechtsparömie anwendbar seyn sollte:

Les beaux esprits se rencontrent!

*) Heft 1. pag. 100. dieses Werks!
Seit 1825 hat jene hypothekarische Schwalbe, wie wir im Sommer 1831 mit Vergnügen gesehen haben, sich noch so bedeutend besiedert, daß sie kaum mehr für denselben Vogel zu halten ist. Sie fliegt jetzt bedeutend behender als vorher; sie wird es aber niemals verwinden, daß sie nicht mehr von den alten Wirtembergschen hypothekarischen Federn behalten hat. —

§. 35.

Die Lüneburgsche Policeyordnung vom 6. Oct. 1618, welche noch hierher gehört, und auch in Grubenhagen, Hoya und Diepholz gilt *), und für die gesammten

*) Lüneburgsche Landes-Ordnungen. Th. 3. Bd. 1. pag. 1 seqq.
Oesterley Handbuch 2c. Th. 1. pag. 38.
Ubbelode, Statistisches Repertorium über das Königreich Hannover. Vorrede pag. VIII seqq.
Von Duve Zeitschrift 2c. Heft 1. pag. 109 seqq.
Hagemann (nunc Spangenberg) praktische Erörterungen Bd. 9. №. VI u. VIII.

Wir können aber aus den obigen Schriftstellern gerade die beiden vorzüglich zweifelhaften Punkte mit Gewißheit nicht ersehen, nämlich:

1) gilt jene Policey-Ordnung und namentlich das Cap. 11. auf dem Harze? Daß sie in den vier sogenannten (ehemaligen) Communion-Bergstädten, zu welchen auch Zellerfeld gehört, keine Kraft hat, ist von selbst klar. Es ist aber auch hinsichtlich des ursprünglich sogenannten einseitigen Harzes durch ein Rescript des Königl. Justizdepartements vom 27. Juni 1822 entschieden, daß jene Ordnung, und namentlich das Cap. 11. derselben, daselbst keine Kraft habe.

Ferner ist in jenem Rescripte ausgesprochen, daß zur Anwendbarkeit der Grubenhagenschen Verordnungen auf dem Harze überhaupt nothwendig sey, daß sie auf diesen Landestheil ausdrücklich oder durch eine vorgeschriebene Publication in den dasigen Ortschaften ausgedehnt seyen.

Dasselbe versichert uns ein Mitglied des Königl. Bergamts, und man braucht auch nur die fragliche Ordnung durchzulesen, um sich zu überzeugen, daß sie auf dem Harze keine Anwendung haben soll.

2) Gilt jene Ordnung in der ganzen, oder nur in der unteren Grafschaft Hoya?

Wir wagen es, hier ein Blatt aus unserm hypothekarischen Reisejournale wörtlich abdrucken zu lassen, in welchem der

Unterthanen jener Provinzen, wo nicht etwas Besonderes in dieser Hinsicht bestimmt ist, gesetzliche Kraft hat, war

geneigte Leser über den obigen und mehrere andere Punkte hinlängliche Andeutungen finden wird. —

„Calenbergsches Hypothekenwesen.

Hannover den 13. Septbr. 1830.

N. N., sehr geschickt und zuverlässig, (wir bedauern, ihn nicht nennen zu dürfen) schilderte mir gestern Abend die Lage der Dinge sehr übel. —

Die Rechtsquellen anlangend, so seyen diese in der größten Confusion.

Jetzt habe man angefangen, die Constitution vom 4. April 1620, wegen der Contracte der Bauern, buchstäblich zu interpretiren, daß sie bey allen Contracten anwendbar sey, des Beweises halber, ohne Rücksicht auf Grundeigenthum, und daß ohne vorhergehende gerichtliche Confirmation der Contract nichtig sey, und eine Klage ad implendum unstatthaft. Die Theorie von Hagemann rc. sey jetzt von der Hannöverschen Canzley ganz verlassen.

Diese Verordnung gelte auch gesetzlich in der Obergrafschaft Hoya, allein es werde immer behauptet, daß daselbst, sowie unzweifelhaft in der Untergrafschaft, welche 1618 zu Lüneburg gehörte, so auch dort die Lüneburgsche Polizeyordnung von 1618 gesetzliche Kraft habe, und usu recipirt sey, obgleich damals die Obergrafschaft zu Calenberg gehört habe, wogegen die fragliche Calenb. Verordnung von 1620 in der Obergrafschaft angeblich nicht gelten solle. Das Cap. 11. der Polizeyordnung sey von jener Calenbergschen Verordnung aber darin unterschieden, daß es auch auf die Städte und Flekken anwendbar sey, die Calenb. Verordnung von 1620 dagegen nur auf die Bauern. Man habe also bey der Hannöverschen Canzley auf den Beweis der Reception oder vielmehr der Observanz der Polizeyordnung auch in der Obergrafschaft erkannt, dieser Beweis sey aber nicht erbracht, obgleich jenes so sehr oft behauptet werde. —

Ferner gebe die Göhrder Constitution zu ewigen Conflicten

nach dem Geiste jener Zeit eben so sehr auf das Seelenheil, namentlich hinsichtlich der Gefahren einer ewigen Verdamm=

mit der Landdrostey Veranlassung, indem diese behaupte, nicht allein zur An= und Absetzung der Meyer, sondern auch zur Regulirung der Ehepacten, der Abfindungen und Altentheile berechtigt zu seyn, was ihr die Hannöversche Justizcanzley als eine Rechtssache nicht zugestehe und behaupte, daß der Landdrostey nur zukomme, den successor zu bestimmen."

(Dieß ist bekanntlich der alte vergebliche Seufzer, welchen man auch von denjenigen Geschäftsmännern und Schriftstellern zu hören pflegte, welche gerade nicht besonders im Geruche des Liberalismus standen. Eben so können wir behaupten, daß es der dringende Wunsch vieler rechtlichen Geschäftsleute im Lande ist, überhaupt eine andere Einrichtung zur Schlichtung der Competenzconflicte zwischen Justiz= und Administrationsbehörden getroffen zu sehen, etwa wie in England und jetzt auch in der Churhessischen Constitution, da wir Hannoveraner uns doch wol nicht von den Hessen in der Anglomanie namentlich hinsichtlich der Unabhängigkeit der Justiz überbieten lassen dürfen).

„Die Ungewißheit des Rechts aus den Provinzialconstitutionen sey unendlich, so wie die Conflicte widersprechender Urtheile bey der Hannöverschen Justizcanzley. —

Bey dem Hoyaschen Hypothekenwesen seyen vorzüglich die beiden Lüneburgschen Verordnungen über das Meyerrecht zu berücksichtigen, welche auch in der Grafschaft Diepholz analogisch angewandt würden. Hier behaupte man auch die Einführung der Schaumburgschen Polizeyordnung hinsichtlich der Meyergüter, so wie auch die Osnabrücksche Eigenthumsordnung angewandt werde. —

Die alten Hoyaschen Constitutionen seyen von geringer Erheblichkeit, und ihm nicht bekannt.

Die Hessischen Constitutionen erregten gleichfalls die größten Schwierigkeiten, weil niemand sie umfassen könne, und die Advocaten sich oft in das Blinde darauf bezögen."

niß, welche man zu jener Zeit auf der Lüneburger Haide natürlich lediglich nach dem damaligen protestantischen Lehrbe-

(Täuscht den Concipienten sein Gedächtniß nicht, so sagte ihm ein anderer Geschäftsmann, daß man in solchen Fällen in der Regel auf den Beweis des behaupteten Rechtssatzes erkenne, als wenn die Hessischen Constitutionen kein Register hätten, und Kopp und Kulenkamp nicht existirten!)

„In Twistringen gelte freilich, wie ich behaupte, das Münstersche Recht und auch die Oldenburgschen Constitutionen, allein es sey noch nicht vorgekommen, weil kein Advocat daselbst wohnhaft. So viel er wisse, sey Twistringen 1816 an Hannover von Oldenburg abgetreten.

Uebrigens habe hier im Calenbergschen durchgehends das Gesetz der Constitution oder der Confirmation gegolten; von der Stadt Hannover sey er nicht unterrichtet." —

Einige Tage vorher hatten wir auch die Kegelbahn zu Nienburg hypothecatisando, (nach der süßen Harmonie des wechselnden Schlages der sechs Dreschflegel) frequentirt, und ließen uns bey einer Cigarre die Verhandlungen des letzten Hoyaschen Provinziallandtages von einem Mitgliede der Landschaft erzählen. Die Gegenstände der Discussion waren natürlich sehr unschuldiger Natur gewesen, frei von aller gefährlichen Demagogie — die Verminderung der Tauben und die Erweiterung des fundus nobilis, die erste ging, — die zweite stürzte durch, nach demselben Gesetze der steigenden Cultur und des wachsenden Hungers.

Warum discutirte man aber nicht auch darüber, ob die Lüneburgsche Policey-Ordnung oder die Calenbergsche Verordnung vom 4. April 1620 in der Obergrafschaft Hoya Kraft habe oder haben solle?

Gerade solche Fragen gehören vor die Provinziallandschaften, und was thaten sie darin seit 1814? Man stelle einmal aus den Acten die Kosten der Provinziallandschaften seit 1814 mit den Ergebnissen ihrer Thätigkeit zusammen. Thaten reden besser als Worte!

(P. S. In dem Augenblicke, wo dieser Bogen, den 26.

griffe abzumessen pflegte, als auf das irdische Wohl der Unterthanen berechnet, ein wahres leibliches und geistiges Assecu-

März, abgezogen werden soll, benachrichtigt uns ein befreundetes Mitglied der Hoyaschen Landschaft, daß ein anderes uns gleichfalls persönlich bekanntes Mitglied derselben einen Antrag auf Modification der oben analysirten unglücklichen Vorschriften, auf dem bevorstehenden Hoyaschen Landtage, den 16. April, zur Discussion bringen werde. Sehr wohl und vortrefflich! Allein wir haben des Provincialismus schon mehr als genügend im Hannöverschen! Die gesammten betreffenden Statuten des Landes müssen zusammen auf einmal von der allgemeinen Ständeversammlung angegriffen, und endlich reformirt werden. Die Frage ist nur, quo modo?)

Soll der bisherige Rechtszustand im Lande bleiben, wie er ist, so ist vor allen Dingen nothwendig, zu fixiren, welche Gesetze, Verordnungen, Ausschreiben, Rescripte ꝛc. in jedem einzelnen Landestheile gelten, und das sind keine incivilia desideria. Wol in allen Canzleydistricten des alten Rechts herrschen gerade über diese Frage die bedenklichsten Controversen!

In Baiern soll es eben so seyn, wie unser Reisejournal besagt, und selbst in dem kleinen Herzogthume Braunschweig ist es in mehrerer Hinsicht der Fall, wegen Säumniß der früheren Administrationen hinsichtlich der Herausgabe der älteren Rechtsquellen.

Die Schlechtigkeit des Rechtszustandes sowol im Civil- als Criminal-Rechte entspringt gerade vorzüglich mit aus den Statuten, und aus der namenlosen Verwirrung, welche sie im Lande veranlassen. — Jene mit einem Schlage aufzuheben, ist freilich bedenklich, weil man ja leider durch die Sünden der Vorfahren nichts zu substituiren hat, obgleich das gemeine Recht, in seiner praktischen Nudität für sich allein, wol eben so gute Resultate in mancheu Materien geben würde, als combinirt mit den Hannöverschen Statuten, da z. B. die Carolina, modificirt durch die Praxis, besser ist, als combinirt mit den Hannöverschen Verordnungen über den Diebstahl, und selbst vielleicht das Römische Pfandrecht besser, als die von keinem

ranzgesetz, zu welchem das damalige régime paternel und le parti-prêtre mehr Ingredienzen als der Kanzler geliefert zu haben scheinen, was freilich in vieler Hinsicht auch seinen sehr guten Erfolg gehabt hat. Eine so lange, verzweifelt hartnäckige Wohlmeinenheit, welche den Menschen durch alle Klippen und Untiefen des Lebens, von der Geburt bis zum Tode, namentlich durch die verbotenen Grade auf 9—10 Quartseiten, gleichsam durchlootset, ist uns wol kaum in den Deutschen Statuten vorgekommen; indeß das Schicksal bewies gar bald, durch den 30jährigen Krieg und auch in den späteren Zeiten, daß es von selbst schon darauf Bedacht nähme, wenigstens der zu großen Ueppigkeit der Menschen ein Ziel zu setzen. Rara avis in der Geschichte der Völker *)!

Zu den größten und langwierigsten Gefahren, welche einen Sterblichen befallen können, gehört denn auch bekanntlich die Durchschiffung einer Deutschen Beweisinstanz im ordentlichen Processe, vorzüglich wenn man Zeugen als Fracht geladen hat, und der Grönlandsfahrer konnte

Sterblichen penetrirte Verwirrung des Hannöverschen Hypothekenwesens. — Natürlich würden einige Localitäten gar sehr verlieren; bey uns handelt es sich aber immer um das Ganze. Indeß rathen wir Obiges keinesweges!

*) Wer in das Leben der Menschen von der Reformation bis zum 30jährigen Kriege auf eine unterhaltende Weise einen Blick thun will, muß die Biographie des Ritters Schweinichen lesen. Er war bekanntlich mit seinem lustigen Herrn auch an den Braunschweigschen Höfen, und schildert sie sehr naiv, auch die damaligen Hoffräulein. Die Sittenlosigkeit war in allen Ständen viel größer als jetzt, wo die Noth beten lehrt, und doch wie sehr hielt man an seinem Credo, oft indeß mehr wegen der Politik als der Religion. Auch Schweinichen schickt ein sehr langes und orthodoxes Credo seinem Leben voraus, und gewiß er war nicht fromm!

früher zuweilen 5—6—10 Mal den Nordpol besuchen, ehe er, nach bereits rechtskräftig festgestelltem Interlocute, die Rechtskraft der Definitiva bey der Heimkehr zu Hause vorfand, wogegen bey der Englischen Procedur in den Hauptgerichtshöfen, mit Ausnahme auch jetzt leider noch des Canzleyhofes, in der Regel in einem Termine die ganze Sache rechtskräftig abgemacht wird. —

Auf jene Gefahr nimmt das Cap. 11. der Policeyordnung Bedacht, indem es die Anmeldung und Ingrossation aller Contracte ohne Unterschied „bey Poen der Annullation oder Vernichtung des Vertrages" befiehlt, eine Bestimmung, welche freilich noch etwas bedenklicher ist, als die einst so sehr getadelten betreffenden Vorschriften des Code Napoleon und des Preußischen Landrechts, welche indeß allerdings für Deutschland auch unpassend sind. — Welch' ein Tummelplatz von Controversen nun auch jene Bestimmung jetzt seit länger als 2 Jahrhunderten geworden ist, dieß mag der geneigte Leser bey den Interpreten jener Gesetzstelle und namentlich bey Hagemann selbst nachlesen, welcher in seiner wahrhaft loyalen Langmuth doch hier eines bisher, seit 1804, vergeblichen Stoßseufzers nach Remedur sich nicht enthalten kann, die das künftige Hypothekengesetz hoffentlich dereinst zum Theil geben wird *).

Daß jene Bestimmung auch auf die, wenn gleich nicht speciell erwähnten, Hypotheken Bezug habe, ist noch wol von niemandem bezweifelt; sie unterscheidet weder das Object noch die Personen des Contracts, und umfaßt so gut den Handel auf dem Wochenmarkte, als den über

*) Wir bitten zu vergleichen — Hagemann Erörterungen Th. II. 54. IV. 83. Pufendorf Animadvers. 64. Strube Rechtl. Bedenken, Th. 1. №. 54. der alten, №. 345. der neuen Ausgabe.

ein Ritterguth „wann und so oft" innerhalb der fraglichen Provinzen contrahirt wird, und der gesunde Verstand und die Natur der Sache hat die Menschen hier nur wieder belehrt, daß manche Gesetze nur cum grano salis zu befolgen seyen, wodurch sich die Menschheit im Großen immer geholfen hat. — Man kann aber leider nicht immer gleich die Grenze finden. —

Fast eben so wenig scheint es uns zweifelhaft, daß jene Vorschrift auch die Exemten der Theorie nach, im ganzen Umfange, wo nicht eine besondere Ausnahme gestattet ist, verbindet, da der Befehl noch ausdrücklich an alle und jede Unterthanen gerichtet ist.

In den Städten ist dagegen, wie Hagemann bemerkt, die Verordnung durch die Observanz auf die Veräußerung unbeweglicher bürgerpflichtiger Güter eingeschränkt. Sie werden sich meistens wol an ihre besonderen Statuten und die oben analysirten städtischen Verordnungen halten.

Die Anmeldung und Ingrossation soll geschehen bey dem Amte, der Vogtey oder dem Stadtgerichte „darunter der Contract beschlossen und vollzogen wird!" Wahrscheinlich ist hier nicht an das von Pufendorf erwähnte sogenannte forum contractus im technischen Sinne — solutionis, — sondern an den freilich auch etwas bedenklichen §. ult. I. de Obligat., den locus contractus, gedacht, da der Beweis der Abschließung des Vertrags der einzige Zweck der Verordnung war. Also kein forum domicilii oder rei sitae, und der Exemte, wenn die Bestimmung, wie wir annehmen, ihn mit betrifft, ist nicht einmal in dieser Hinsicht an sein besonderes Forum gewiesen *), wahrscheinlich weil man dort da=

*) Hagemann scheint IV. 83. aus diesem Grunde anzunehmen,

mals wol noch kein eigentliches Ingrossationsbuch hielt, und es ja nur auf Beweis ankam. — Es ist also an die Grundsätze des Deutschen Rechts hier gar nicht gedacht.

Ferner sollen die Unterthanen den Contract anmelden und einschreiben lassen „in beider Contrahenten Gegenwart.“ Nur dieses ist gefordert, wie im Hildesheimschen, nicht die ausdrückliche clausula intabulandi, und wo die Aufnahme des Contracts im Gerichte geschieht, in Gegenwart beider Theile, haben diese wol das Ihrige gethan, weshalb wir, wenigstens in diesem Falle, die so genannte Ingrossation, früher oft wol nur eine bloße Reponirung des Concepts in die Registratur, auch nach obiger Bestimmung nur für eine Officialsache halten können.

Eine causae cognitio ist nur in soweit vorgeschrieben, daß die Absicht der Contrahenten und der Sinn des Contracts über allen Zweifel erhoben werden soll, was wieder sehr natürlich ist, da es ja nur auf Beweis ankommen soll. —

Hagemann, und wie es scheint auch Strube, behaupten in den angezogenen Ausführungen, daß in der fraglichen Stelle die Confirmation der Contracte vorgeschrieben sey; dieß ist nach der uns vorliegenden officiellen Ausgabe nicht der Fall *). Die Stelle fordert durchaus nichts als „anmelden und einschreiben lassen.“

daß die Exemten von der obigen Bestimmung nicht berührt werden. — In Praxi wahrscheinlich nicht, wie auch Strube schon aus jenem obigen Argumente bemerkt hat.

*) Auch Pufendorf scheint in der oben angezogenen Stelle die Confirmation nur bey den Ehepacten, wovon die Polizeyordnung Cap. 23. spricht, für nothwendig zu halten.

Eben so sehr stößt aber auch, wie wir dafür halten, die früher ziemlich allgemein angenommene Ansicht, daß auf Confirmation oder Anmeldung und Ingrossation eines nicht gerichtlich abgeschlossenen, und zumal noch nicht erfüllten, Contracts geklagt werden könne, gegen den Inhalt und die Tendenz dieser und der Calenbergschen Verordnung vom 4. April 1620 an, da man ja gerade alsdann in das Burgverließ eines Deutschen Zeugenbeweises zurückfallen würde. Auf die Notare ist gar nicht Rücksicht genommen; man hat die Sicherheit einer öffentlichen Registratur verlangt, oder an die Notare gar nicht gedacht.

Wir behaupten auch hier, hinsichtlich unserer, als mauvaise tête, die Maxime: Stat pro ratione voluntas! Nur, wenn die Anmeldung in beider Contrahenten Gegenwart geschehen ist, halten wir den Contract für obligatorisch, im Uebrigen: „siehe du zu!“

Man muß also vorher nur tractiren, und ja nicht zahlen, da man sonst in das etwas controverse Gebiet der praktisch außerdem oft so vergeblichen Condictionen fällt.

Wäre die obige Vorschrift in dem angegebenen ganzen wörtlichen Umfange vollzogen worden, was freilich ohne den Ruin alles Verkehrs und aller Treue und Glaubens nicht möglich war; so würden in deren Gebiete, nach unserer Theorie von der hypotheca publica im Sinne des Röm. Rechts, wo nicht besondere Statuten außerdem noch vorhanden sind, gar keine Privathypotheken haben bestehen bleiben können, gerade weil alle Contracte angemeldet werden sollen. — Allein die Vorschrift kam, wo nicht Grundeigenthum oder Auslobungen, Ehepacten und ähnliche Verträge in Frage standen, in der Regel wol nicht zur Ausführung, und deshalb besteht auch im Lüneburgschen ꝛc. die Privathypothek fort. — Dagegen behaupten

wir, nach unserer Theorie, daß, wo in dem Gebiete jener Vorschrift nicht noch andere Statuten normiren, welche alsdann damit zu combiniren sind, die Anmeldung der Hypothek, in beider Contrahenten Gegenwart, von selbst auch eine öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen Rechts geben muß, da dieses dort gleichfalls allgemeines Landrecht ist, und nur mit dieser Verordnung als solches combinirt werden kann. —

Ob gerade die Anmeldung und Ingrossation in loco contractus nothwendig sey, müssen wir dahin gestellt seyn lassen; freilich erwähnt die Verordnung nur jenen; allein da ihr Zweck lediglich die Sicherheit des Beweises ist, so sollte man fast glauben, daß die Wahl des Gerichts beliebig sey. Wäre dieß nicht der Fall, so gäbe dieß einen neuen Grund des Tadels hinsichtlich jener Bestimmung ab, theils weil zu einer Confinirung an den locus contractus, ohne causae cognitio, gar kein Grund vorhanden ist, theils weil der locus contractus so sehr oft zweifelhaft ist.

Coronidis loco muthen wir dem geneigten Leser nun noch zu, daß er das fragliche Cap. 11., publicirt den 6. October 1618, mit der Calenbergschen Bauernverordnung vom 4. April 1620 zu seiner Erheiterung vergleiche *). Wir conjiciren, und warum sollten nicht auch wir die Rechtsgeschichte mit Conjecturen, einer der Hauptquellen der historischen und juristischen Wahrheit, bereichern dürfen, daß der damalige Calenberg-Wolfenbüttelsche Canzler an seinem Cellischen Herrn Collegen dieß Mal ein, wenn gleich etwas verdecktes, Plagiat begangen habe, eine lobens-

*) Die erstere steht Calenbergsche Landesordnungen Th. IV. pag. 52—54. und in Willich Th. III. pag. 379. erste Ausgabe.

werthe Sitte der Gesetzesschreiber, welche wir aber nur bey wirklichen Pretiosen billigen können.

Beide Verordnungen haben eine Haupttendenz, die Anmeldung und Ingrossation aller Verträge zur Sicherheit und Schnelligkeit des Beweises, bey Strafe der Nullität, was ja auch die Sprengung der Auflassung in gewisser Hinsicht nothwendig machte; sie unterscheiden sich aber vorzüglich dadurch, daß die Cellische, wie wir wenigstens annehmen, auf alle Landsassen, die Calenbergsche nur auf die Bauern, nach dem sehr zweifelhaft gewordenen status hominum, Bezug hat; jene, eine sehr beschränkte causae cognitio, wenn man es so nennen will, diese eine sehr ausgedehnte enthält; jene von keiner Confirmation spricht, diese aber eine solche in dem Worte approbiren wahrscheinlich enthalten soll; jene das forum domicilii, diese das forum oder den locus contractus für die Ingrossation vorschreibt. Beide harmoniren darin wieder, daß, wenn sie auch ihre gute Seite haben, sie doch kein Produkt besonderer, discreter, legislativer Weisheit sind, in ihrem ganzen Umfange niemals vollzogen werden, aber über 2 Jahrhunderte gar oft dazu gemißbraucht werden konnten, das Geld aus den Taschen der producirenden Classe der Unterthanen in den der sogenannten sterilen, zu welcher wir Gottlob auch recht eigentlich gehören, namentlich der Advocaten, im schlüpfrigen Wege Rechtens hinüber gleiten zu lassen. Die eigentlichen Ingrossationssporteln der Gerichte waren nach der Lüneburgschen Vorschrift freilich höchst mäßig, wogegen leider die Calenbergsche Verordnung solche auf „billige Gebühr" setzte, welche indeß Gottlob niemals zur Französischen Fiscalität anschwoll, und seit der Vertreibung der Franzosen nach und nach auf ein ⅓ Procent durch die Weisheit der Regierung allenthalben reducirt ist.

Das Cap. 23. der Lüneburgschen Polizeyordnung nebst einigen anderen Regiminalverfügungen für jene Provinz hinsichtlich der Confirmation der Ehepacten der Städter und der Bauern lassen wir, unter Verweisung auf die oben bereits citirten Schriftsteller, hier unberührt, da sie bloß auf den Besitztitel Bezug haben.

§. 36.

Wir könnten nun vor dem geneigten Leser noch eine ziemliche Anzahl namentlich städtischer Statuten aus dem Gebiete der fraglichen Hypothekenverordnung durch die juristische laterna magica passiren lassen, damit er selbst sich überzeuge, wie in ihnen der Begriff der öffentlichen Hypothek theils nach Römischem, theils nach Deutschem Rechte gehalten sey, und speciell, ob in ihnen die vis hypothecae publicae unsers mühseligen Actenextracts vorkomme; allein das Obige mag mit der Versicherung genügen, daß, so viel uns erinnerlich, denn wir müssen gar manches aus dem Gedächtnisse schreiben, letzteres nirgends der Fall ist, und dieß genügt im Wesentlichen zu unserm Zwecke der langweiligsten Langweiligkeit. Wir ziehen es vor, diesen Abschnitt mit zwei Fragen in facto zu schließen, welche wir den geehrten Hannöverschen Geschäftsleuten aus den andern Provinzen des Landes zur etwaigen geneigten Berücksichtigung und allenfallsigen Beantwortung mit einer Zeile in der Hannöverschen juristischen Zeitung, ohne Gefährde, vorlegen wollen.

1) Wie stellte sich die vis hypothecae publicae, wie wir sie aus dem Actenextracte kennen gelernt haben, zu den Statuten in den alten Provinzen des Landes, welche vom Charakter der Hypotheken handeln, oder vielmehr die-

sen stillschweigend nach Römischem oder Deutschem Rechte voraussetzen, jedoch mit Ausnahme der analysirten Calenbergschen städtischen Verordnungen und der Bauern-Verordnung vom 4. April 1620, über welche der Actenextract schon hinlängliche Auskunft giebt? Wurde jener Begriff bey dieser Materie, der öffentlichen Hypotheken, auch in die übrigen Statuten, wie in die eben genannten, gleichsam eingeklemmt und eingekeilt, wenn von gerichtlicher Anmeldung, Confirmation, Agnition und Offenbarung, vielleicht gar von der Constitution der Hypotheken im Gerichte oder vor Notar und Zeugen die Rede war, oder blieb jener Begriff bloß eine Calenbergsche Eigenthümlichkeit? Schon Cicero — Ars non habet osorem nisi ignorantem! — witzelt über uns Juristen, daß keine zwei Wörter so nahe zusammen stehen könnten, wo wir nicht »qua de re agitur« einschöben, und so glauben wir, kann auch wol nirgends eine Hypothek mit dem Charakter der Oeffentlichkeit genannt werden, wo man nicht die obige vis hypothecae publicae einschieben könnte, selbst z. B. in das gerade vor uns liegende Statut der Stadt Lüneburg, was indeß gewiß nicht geschehen seyn wird *). —

Die oben analysirte Verordnung vom 7. Juni 1748 für die Herzogthümer Bremen und Verden erlaubt freilich einen solchen Einschub nicht, weil sie eine bestimmte vorgeschriebene Formel hat, an welche man sich hoffent-

*) Das Lüneburgsche Stadtrecht rc. 1722, Gerichtsordn. Th. II. Tit. 17. „Diese Meinung — daß die Constitution der Hypothek in jure geschehen müsse — lassen wir uns in soweit gefallen, daß solche vor Gericht und Recht oder sonsten mit unser Bestätigung oder vor unsrem Contractbuch geschehene Verpfändung, die Kraft und Wirkung eines offenbaren Unterpfandes haben rc.

lich gehalten haben wird, wogegen wir keinen Grund absehen, warum nicht jener Einschub eben so gut in die Lüneburgsche Policeyordnung eingeschoben seyn sollte, als in die Calenbergsche Bauernverordnung vom 4. April 1620, oder in die fraglichen städtischen Verordnungen, da ja auch jene nur von der Anmeldung, ohne den Charakter der Hypothek zu berühren, spricht, und diese nach dem Actenextracte für sich allein keine öffentliche Hypothek geben soll. — Wollten die übrigen Landesgerichte consequent seyn, so mußten sie nach den Präjudizien des höchsten Landesgerichts allenthalben in ähnlichen Fällen ihres Provinzialrechts den fraglichen Einschub vornehmen, wo nicht etwa von der eigentlichen constitutio in foro rei sitae die Rede war.

2) Wie stellte sich der fragliche Begriff zu der bisherigen Praxis und zu den Statuten in den neuen seit 1803 erworbenen Provinzen, in welchen das Preußische Recht entweder niemals gegolten hatte, wie in den ehemals Hessischen und Münsterschen Parcelen und im Osnabrückschen, oder seit der Französischen Legislation nicht wieder eingeführt wurde, nämlich im Hildesheimschen, wo man die alte Provinziallegislation, unter Beseitigung des Preußischen Rechts, welches nur einige Jahre daselbst gegolten hatte, wieder einführte?

Haben uns befreundete Geschäftsleute in Münster, Osnabrück, Hildesheim und Cassel richtig belehrt, wie wir nicht bezweifeln dürfen, so war die vis hypothecae publicae (qua de re agitur) ein Fremdling in den betreffenden Legislationen und Gerichtsobservanzen, was wir auch a priori schon annehmen konnten.

Es fragt sich also nur, ob der fragliche Begriff nicht nach der Vereinigung jener Provinzen mit den Hannöverschen in dieselben importirt wurde?

Daß jener Begriff in die Osnabrückſche Concursordnung ſeit 1803 nicht eingeſchoben werden konnte, wenn man dieſe nicht ſelbſt über den Haufen werfen wollte, ergiebt die obige Analyſe derſelben; wohl aber in die Münſterſche Praxis, welche auf keinen beſondern Statuten, ſo viel wir in Erfahrung gebracht, beruhte, und in die oben analyſirten Statuten des Hochſtifts Hildesheim, welche ſeit dem 1. May 1815 wieder eingeführt wurden, da ja dieſe letzteren nicht ausdrücklich den Charakter der Oeffentlichkeit der Hypothek fixiren, und ſo ſind wir auch von einem Hildesheimſchen Geſchäftsmanne berichtet, daß der fragliche Einſchub nicht ſelten in jener Provinz geſchehen ſey. —

Bey den Heſſiſchen Conſtitutionen wird indeß ein ſolcher Einſchub kaum möglich geweſen ſeyn, da es von ſelbſt klar iſt, daß dieſe die gerichtliche Confirmation ohne alle Floskeln der gerichtlichen Conſtitution ganz gleich ſetzen. Indeß iſt uns neulich eine Obligation aus der ehemals Heſſiſchen Parcele unweit Göttingen durch die Hände gegangen, in welcher das Wörtlein „öffentlich" gleichfalls ſeine Rolle ſpielte. Jene Parcele iſt jetzt, wie zur Heſſiſchen Zeit, in zwei Aemter abgetheilt, mit dieſen ſind aber auch Althannöverſche Aemter ganz oder zum Theil combinirt, ſo daß die betreffenden Officianten immer mit zweifachem Rechte operiren müſſen *), und es würde alſo kein

*) Dieſer Uebelſtand iſt ſo groß, daß er die topographiſche Bequemlichkeit und die adminiſtrativen und pecuniären Vortheile der jetzigen Compoſition wol aufwiegt.

Wenn irgend thunlich, ſo hätte man aus dieſer ehemals Heſſiſchen Parcele ein Amt für ſich machen ſollen, und die größte Entfernung einiger Dörfer von Bovenden wäre ja wol doch nur 2 — 3 Stunden geweſen. Die Erhaltung der hiſtoriſchen Einheit iſt auch etwas werth, und deren Zerreiſ-

Wunder seyn, wenn die Theorie von der vis hypothecae publicae auch in die Geschäfte jener Parcele dereinst eindränge.

Eine solche etwaige Uebertragung der vis hypothecae publicae in die Statuten und den Gerichtsgebrauch der übrigen älteren und selbst der neueren Provinzen, soweit solche Uebertragung jenes Begriffs nicht geradezu gegen den Buchstaben jener Statuten anstößt, kann auch niemanden befremden. Mit Recht haben die Präjudizien der höchsten Deutschen Landesgerichte, wenn man von einigen Halsstarrigen abstrahirt, für die übrigen Geschäftsleute der betreffenden Gerichtssprengel hinsichtlich der Rechtsfindung und der Concipirung der Contracte, meistens der Basis der ersteren, so gut als legis vicem, wenn gleich noch keine Deutsche Legislation dieß Verhältniß, wie einst gewisser Maßen die Römische bey den responsis prudentum, was freilich nicht hinlänglich klar ist, und neuerlich die Französische Gesetzgebung, gehörig zu reguliren verstanden hat, was schwierig, aber doch durchaus nothwendig ist *). Niemand will gern für unwissend oder bête gehalten werden, und wenn er auch Philosoph seyn sollte, so fürchtet er doch für sich und Andere praktischen Schaden, Nachtheil in der

fung bringt mit die Unzufriedenheit in Deutschland hervor. — Man vergleiche gütigst 1648 und 1802 — 1815!

*) Ein ander Mal davon! Wir werden niemals zu einer ordentlichen Praxis und zu einem sicheren Rechte kommen, bevor dieses delicate Verhältniß, in Verbindung mit den Justizdepartements und den Ständeversammlungen, gehörig regulirt, und die Deutschen Ober-Appellationsgerichte selbst darauf eingerichtet sind. Welche Erfahrungen man in dieser Hinsicht seit 1814 in Deutschland gemacht hat, das ist hinlänglich bekannt. —

Sinnenwelt, namentlich am Geldbeutel, bey welchem selbst die speculative Philosophie, nach dem Ausspruche Salomonis, zur Eitelkeit wird. — Alle Geschäftsleute streben instinctmäßig auch in dieser Hinsicht nach Uniformität, und die höchsten Deutschen Gerichte zeigen den Schnitt dieser Uniform. —

Im Hannöverschen trägt aber noch dieses zur Vermischung und Verwirrung der Provinzialrechte bey, daß, wenn auch die Dienerschaft in den höheren Gerichten und in den Städten ziemlich stationär und zuweilen fast stagnirend in denselben Verhältnissen und denselben Orten ist, doch die ehemals von der Königl. Kammer relevirenden Beamten auf dem platten Lande um so beweglicher bis zu der Zeit sind, wo sie, jetzt nach ungefähr 20jährigem Dienste, plus minus, eine so genannte erste Beamtenstelle erhalten; alsdann haben sie in der Regel sedem fixam bis zu ihrem Tode. — Bis dahin wandern diese Geschäftsleute, welchen principaliter auch die Ausübung der Jurisdiction auf dem platten Lande obliegt, und oft sehr schnell aus einer Provinz in die andere.

Man sollte fast glauben, daß sie sich Wilhelm Meisters Wanderjahre, jedoch hoffentlich nicht die bey Basse in Quedlinburg erschienenen, zum Muster genommen hätten; wir zweifeln wenigstens nicht daran, daß sie solche fleißig lesen.

Mag jene Einrichtung, welche, so viel wir wissen, seit der Besteigung des Englischen Throns anfing sich auszubilden, und noch jetzt im Wesentlichen fortdauert, wenn gleich etwas modificirt, ihre Gründe, und gewiß auch ihre gute Seite haben *), so ist sie doch wol nicht

*) Dahin können wir aber kaum rechnen, was wir mehrere Male für jene Einrichtung haben anführen hören, daß der Beamte

geeignet, den Provinzialrechten ihre Eigenthümlichkeit zu erhalten, und überhaupt ihnen eine feste Consistenz zu ge-

durch die Anschauung verschiedenartiger Verhältnisse und durch die Kenntniß verschiedener Gesetze eine größere Ausbildung gewinne.

Dieß ist nur bey den ausgezeichneteren Mitgliedern dieses Standes der Fall, bey Manchem entsteht dadurch nur noch eine größere Verwirrung. — Der Localbeamte soll das Recht seiner Provinz und jedes Gesicht und jeden Acker seines Amts kennen. Dazu gehören aber 10 — 20 Jahre ungestörter Arbeit, an demselben Flecke; erst alsdann kann seine Thätigkeit recht gedeihlich und eingreifend werden.

Wie überwiegend diese Rücksichten seyen, haben wir oft bey Vergleichung der Hannöverschen, der früheren Braunschweigschen und anderer Localbeamten in Ueberlegung genommen, namentlich bey der Geschäftsführung unsers seligen unvergeßlichen Bruders, des Justizraths Friedrich Reck in Gandersheim, zuletzt Vorsitzenden im dortigen Districtsgerichte, dessen 30jährige Dienstzeit mit geringer Unterbrechung dem Kreisamte Gandersheim gewidmet war, selbst nach Errichtung des dortigen Districtsgerichts. Dort war er auch geboren und erzogen.— Wir wollen ihm nicht hier, sondern an einem passendern Orte ein Denkmal setzen; hier genüge die Bemerkung, daß er niemals die fast unglaublichen Leistungen hätte gewinnen können, wenn er von einem Amte nach dem andern, nach dem Gesetze der Anciennetät rc. gewürfelt wäre, und daß für ein immer sehr mäßiges Diensteinkommen gewiß kein Officiant mehr und bessere Arbeit seinem Staate geliefert hat. Mehr zur Arbeit als zum heitern unbefangenen Lebensgenusse geboren und erzogen, arbeitete er seit seinem 12ten Jahre bis in die letzte Woche vor seinem Tode, wenn an Ort und Stelle, des Tages wol niemals unter 12, sehr oft 14 — 15 Stunden, als Westphälischer Instructionsrichter in Eimbeck oft ganze Nächte durch, den Inquisiten nicht loslassend, so daß seine Gerichtsuntergebenen zuweilen den Wunsch äußerten, daß er ein Tagelöhner seyn möge, um ihn in Arbeit nehmen zu können, ein seltner ehren-

ben, da jeder Geschäftsmann seine einmal eingesogenen ju=ristischen Begriffe und sauer memorirten Gesetze als ein lu=

voller Wunsch! Was Wunder, daß er endlich vor dem Deutschen Actenkarren, der geistigen Schlachtbank, erschöpft danieder sank! Und wie arbeitete er, ein geborner Geschäftsmann, gehoben durch einen scharfen Verstand, ein starkes Gedächtniß, sehr gründliche juristische Studien und einen großen Schatz von Realkenntnissen! Daneben ein ganz entschiedener, gegen sich selbst leider nur zu harter Character, eine feste Burg dem Guten, ein Schrecken dem Bösen, auch so selten vereint! Von den letzteren wurde er auch, wenn gleich meistens nur im Verborgenen, gehaßt. — Das Einzige, was ihm fehlte, war der Schein, da aber schon nach des Socrates geistreichem Gespräche das Seyn auch immer den wahren dauernden Schein giebt; so wurde auch dieser dem Seligen von der Dorfschule bis zum Grabe zu Theil, und die Achtung seiner Regierung, seiner Mitbürger und selbst seiner Hannöverschen benachbarten Collegen entstand ihm nicht. — Kein Freund des Franzosenthums, und niemals in einer Westphälischen Antichambre, dem Sammelplatze zugleich kostspieliger und wohlfeiler Treue, gesehen, genoß er dennoch als Geschäftsmann des Zutrauens und der Achtung der Westphälischen Minister Wolfrath und Simeon, und der letztere, von allen Partheyen so sehr geliebte, respectirte und gebrauchte Staatsmann, bewies auch bey ihm einen solchen Scharfblick, daß er ihm bey Durchsicht des ersten Criminalberichts, unter Erhöhung des Gehalts, die Criminalinstructionen bey dem Tribunale in Eimbeck auf immer fast mit Gewalt aufdrang.

Mögen auch seine beiden Söhne in der Arbeit für das Wohl der Mitmenschen wie den Zweck so den Lohn des Lebens finden, so werden auch sie, von der Sitte ihrer Familie nicht ablassend, als Kinder des Gerechten nach der Verheißung nicht vergebens nach Brot gehen. —

Wollen die Deutschen Staaten den drohenden geistigen Bankerott, der eben so gefährlich ist als der finanzielle, abwenden; so müssen sie 1) die gesammten nicht besonders erheblichen gei=

stiges Vademecum mit sich führt, und nicht gern eine neue, oft sehr umzuarbeitende, Ausgabe davon besorgt. —

In Westphälischer Zeit soll mehr als ein alter Beamter, in einen Friedensrichter, wie der Schmetterling in eine Raupe, metamorphosirt, den Code Napoleon so gut als ganz ignorirt haben, und gewiß gehören Geister erster Klasse, die so genannten ante omnes, dazu, welche, wenn sie auch die Statuten einer Provinz, z. B. das Preußische Landrecht, oder die Hessischen Constitutionen, niemals nur aus der Entfernung gesehen haben, binnen 8 — 14 Tagen danach Processe nicht entscheiden, nein! was unendlich mehr sagen will, danach ad protocollum instruiren können. —

Eine solche Beweglichkeit der rechtsprechenden Instrumente ist nur da für die Festigkeit des Rechts ohne Nachtheil, wo solches zur Uniformität gelangt ist, worüber wir, wie es scheint, uns noch in den Zweifelsgründen befinden. —

Niemals sollte man wenigstens die Beamten aus den Provinzen des Preußischen Rechts in die des gemeinen Rechts, und umgekehrt, versetzen, da es eine Unmöglich-

stigen Kräfte, welche ihnen zu Gebote stehen, frei und geschickt jede an ihrem naturgemäßen Platze benutzen und gehörig dirigiren; 2) das Maaß der geistigen und pecuniären Mittel gegen die Schwierigkeiten der zu beschaffenden Arbeit vorsichtig vorher abmessen, ehe sie sich in das Feld neuer Organisationen und Legislationen hineinstürzen.

Kurz, die gewandte und sichere Direction des Processes ist Alles!

Sonst ist bey den unendlich schwierigen Verhältnissen kein Heil zu hoffen.

keit ist, ohne lange Vorbereitung von der Ausübung des einen Rechts zu dem andern überzugehen *).

*) Auch unser Freund Stüve hat, wie wir ex post sehen, in dem oben citirten Werke pag. 69. auf die Uebelstände jener Einrichtung aus einem anderen erheblichen Standpunkte bereits aufmerksam gemacht. —

Wie es uns als geborenem Ausländer, der wir nicht in der Atmosphäre der Hannöverschen Dienerschaft unsere Ausbildung gewannen, und Gottlob vor dem 27. Jahre gar nicht ahndeten, daß ein Staatskalender existire, nach einem Totaleindrucke geschienen hat, so war bey manchem und vielem Guten, das kein Unpartheiischer verkennen wird, die Hauptschwäche der früheren Administration des Landes, hinsichtlich des Personellen diese, daß sie auf der einen Seite ein zu geringes Gewicht auf die Erheblichkeit des Individuums, welches namentlich bey den höheren geistigen Operationen immer und zwar allein entscheidend ist, für diese oder jene Verhältnisse zu legen schien, auf der andern Seite aber wieder wol etwas zu viel Rücksicht auf bloß persönliche Wünsche und Lage der Dienerschaft zuweilen nahm. — Dazu kamen die Fesseln, welche früher die Fixirung meistens auf die einmal in dem Besitze des Dienstes sich befindenden Familien, die bestimmten Carrieren, die Anciennetät, der Ausschluß der Advocaten vom Staatsdienste ꝛc. mit sich führten.

Auf jene Weise, welche unfehlbar ein Stagniren der Geister nach sich ziehen mußte, war es möglich zu regieren, bis das alte Gebäude durch die Französische Revolution indirecte erschüttert wurde; wo man in dem alten gewohnten Gleise den Wagen nur fortzuführen, und nur die currenten Geschäfte im Wesentlichen zu besorgen brauchte.

So wie man aber seit 1813 aus der alten Bahn herausschritt, und nothwendig herausschreiten mußte; so wie man anfing, ein neues Gebäude nach und nach aufzuführen, zu organisiren, zu legisliren ꝛc., da konnte man mit sicherem Erfolge nur vorwärts kommen, wenn man die vorhandenen geistigen Kräf=

Ganz zufällig kommt uns hier noch der Gedanke, wie gut es ist, wenn man so genannte bona avita, so eine Art Erbgüter hat, und geistige Güter, namentlich gute Gesetze, sind bekanntlich auch Güter, weshalb auch wahrscheinlich Einige von dem Lehnrechte, namentlich den Lehnsexpectanzen und den Lehnsgebühren, von denen den Fürsten so wenig zu Gute kommt, gar nicht ablassen wollen. —

Das Herzogthum Nassau hat bey einem Territorialumfange von 100 □ Meilen eine große Anzahl verschiedener Legislationen und Rechte von den früheren Verhältnissen ererbt, aus denen es seit 1803 nach und nach componirt ist, und es ist das Streben der dortigen Regierung, unter der so sehr energischen Direction der Herrn von Marschalk und Ibell gewesen, nächst der Uniformität der Administration, auch Uniformität des Rechts durch eine ganz neue Legislation dem schönen, von uns so sehr geliebten, Ländchen zu geben. —

te sämmtlich, jede an ihrem naturgemäßen Platze, frei benutzte.

Die Kunst des Jägers besteht in der Anstellung der Schützen; die des Oekonomen in der Anstellung des Gesindes; die des Regierenden in der Anstellung der Dienerschaft. — Dieß ist das Geheimniß der guten und der schlechten Erfolge! —

In den Süddeutschen Staaten gewann man in der freieren Benutzung der geistigen Kräfte schon längst den Vorsprung, man verdarb dieß aber wieder dadurch, daß man Unmöglichkeiten unternahm, noch mehr als in Norddeutschland. Nur Ignoranz und thörichte Selbsttäuschung können es aber läugnen, daß gerade durch jenes einfache Mittel die Süddeutschen Brüder uns Norddeutschen in manchen Punkten den Vorsprung abgewonnen haben, da ja die Majorität in Norddeutschland im Wesentlichen nur dem Süddeutschen geistigen

Indeß in solchen Dingen ist der Wunsch, bey vielen sogar der Versuch, leicht, die Ausführung immer bedenklich, schwierig und langsam, wenn man sich nicht in die Arme eines der großen Reformatoren des Menschengeschlechts werfen will, welche die Menschheit, wie Gott das Chaos, zu behandeln wissen, und so wird, wie wir vernehmen, uns wahrscheinlich das Vergnügen in den nächsten Jahren noch nicht vergönnt werden, uns durch das neue Nassauische Gesetzbuch belehren zu können. Einstweilen hat indeß die Nassauische Regierung durch das Edict vom 4. Juni 1816 §. 12. mehrere gute Verordnungen, welche für die alten Nassauischen Besitzungen gegeben waren, und namentlich auf das Creditwesen Bezug haben, auf die gesammten neuen Provinzen ausgedehnt, und unter diesen auch die sehr gute Nassau-Usingsche Contracten- und Hypotheken-Ordnung vom 21. März 1774, auf welche wir demnächst zurückkommen werden *).

Dieß war gewiß ein Verdienst der jetzigen Nassauischen Regierung, und wir haben uns mehrfach an Ort und Stelle von dem guten Erfolge dieser Maaßregel, so wie einer ähnlichen noch durchgreifenderen im Wirtembergschen, überzeugt, welches Verdienst sie sich aber nicht hätte erwerben können, wenn nicht eine der früheren Regierungen sich zuvörderst das Verdienst erworben hätte, jene Verordnung von einem gewandten Geschäftsmanne abfassen zu lassen.

Die Art der Extendirung jener Verordnung geschah freilich leider auf eine etwas zu sehr administrative Weise.

Stoße folgt, sey er gut, sey er übel! Umgekehrt war es bey der theologischen Reformation im 16. Jahrhunderte.

*) Nassauische Verordnungssammlung Bd. I. pag. 51 seqq. Bd. II. pag. 43. 44.

§. 37.

Wir haben in dem ersten Hefte dieses Werks pag. 109 seqq. eines Gutachtens des höchsten Hannöverschen Landesgerichts wegen Einführung einer neuen Concursordnung Erwähnung gethan, und dabey den Wunsch ausgedrückt, daß solches zum Druck befördert werden möge. — Dieser Wunsch ist schon jetzt, wenn gleich gewiß ohne unsere Veranlassung, erfüllt *), und dieß giebt uns Hoffnung, daß auch unser zweiter, in dem ersten Hefte gleichfalls ausgedrückter, Wunsch hinsichtlich der Publicirung der beiden vorliegenden Entwürfe einer Hypothekenordnung vielleicht bald erfüllt werden wird, da ja die Zukunft, mithin auch die Regulirung des Hannöverschen Hypothekenwesens, immer näher heranrückt, und man ja jetzt schon so große Fortschritte zur demnächstigen Publicität gemacht hat, daß der Verfassungsentwurf durch den Druck dem Publico, wie wir Juristen zu sagen pflegen, vorerst zur Nachricht mitgetheilt ist, wobey doch die verschiedenen Interessen noch mehr als bey einer Hypothekenordnung betheiligt sind **).

*) Ergänzungsheft zur juristischen Zeitung für das Königr. Hannover 1830. II. pag. 28 seqq. Die Herrn Herausgeber haben uns und auch gewiß allen anderen Geschäftsleuten des Landes einen großen Dienst durch den Abdruck jenes Gutachtens erzeigt. Wie ersprießlich würde es seyn, wenn man auch die einzelnen Vota der damaligen Mitglieder des höchsten Gerichts, auf welche sich das Gutachten respective stützt und bezieht, damit vergleichen könnte? Vielleicht ist es thunlich, auch solche abzudrucken. Uns kommt es dabey nur auf die Sachen an, deren können wir aber über das Hypothekenwesen niemals genug bekommen.

**) Geschrieben December 1831.

Die jetzige Generation der Hannöverschen Geschäftsleute mag nun selbst darüber urtheilen, wie ihre Väter und Großväter das Hannöversche Concurswesen, mit welchen das Hypothekenwesen so gut als identisch ist, angesehen haben, da das fragliche Gutachten bereits den 25. März 1782 wirklich abgestattet ist *), also gerade in der Zeit, welches die rechte Zeit zur Regulirung des Hannöverschen Credit- und Hypothekenwesens, und überhaupt des ganzen Staates, war.

Uns will es scheinen, daß allerdings das fragliche Gutachten viele einzelne sehr schätzbare Bemerkungen und Vorschläge über das Detail des Concurswesens enthalte, wie auch von einem so ausgezeichneten Gerichte nicht anders zu erwarten stand, daß jedoch, wenn auch die sämmtlichen gemachten Vorschläge vim legis erhalten hätten, die Leiden, an welchen das Land hinsichtlich des Privatcredits schon damals erkrankte, nicht von Grund aus geheilt seyn würden, wie wir gleichfalls schon im ersten Hefte pag. 112 u. 113., nach dem damals uns vorliegendem Fragmente, bemerkt haben. — Die Absicht scheint auch gar nicht auf eine gänzliche Reform von Grund aus gerichtet gewesen zu seyn, und die von dem damaligen Geheimenraths-Collegio an das höchste Gericht gestellten Fragen verrathen außerdem mehr den guten Willen, als tiefeingreifende scharfe Sachkenntniß, weshalb die etwaigen Ausstellungen an jenem Gutachten mehr die Stellung der Fragen als deren Beantwortung treffen müssen. —

Der eingreifendste Vorschlag jenes Gutachtens, eine zwiefache Ingrossation der öffentlichen Conventionalhypothe-

*) Wir schwebten in dieser Hinsicht in dem ersten Hefte pag. 110. im Dunkeln; es war aber nicht unsere Schuld.

ken, jedoch, wie es scheint, bloß **pro futuro**, mit Offenlassung der **Vergangenheit**, respective in foro rei sitae und domicilii, je nachdem die öffentliche Hypothek unbewegliches oder bewegliches Vermögen ergreifen soll, ist von der Hannöverschen Legislatur nach einer fast 50jährigen Bedenkzeit 1828 im Wesentlichen, jedoch unter Hinzufügung des eigentlichen Gesetzes der **Inscription**, angenommen. Vielleicht hätte sie nach unserer Ansicht rathsamer gethan, die vielen in dem Gutachten enthaltenen **schönen Kleinigkeiten**, deren Realisirung nichts als einige Federn voll Tinte gekostet haben würde, sich **zuvörderst** und etwas **zeitiger** anzueignen, als jenen Hauptvorschlag, vereint mit dem eigentlichen Gesetze der Inscription, ohne gehörige Durchführung, so wie er in höchst unbestimmter Form von dem höchsten Gerichte bloß **angedeutet** war, in die Geschäfte des Landes zu schleudern. —

Die vis hypothecae publicae anlangend, so finden wir darüber in dem fraglichen Gutachten keine legislativen Vorschläge, was in gewisser Hinsicht uns befremdet, da ja die Folgen jenes Begriffes 1782 schon vorlagen. Allein die bereits **vorhandenen** Hypotheken sollten nach dem Gutachten gar keiner Ingrossation unterworfen werden; bey diesen kam also in **soweit** jener Begriff gar nicht in Frage, und pro futuro sollte die **Bestellung** der Hypotheken selbst respective an das forum rei sitae und domicilii ausschließlich verwiesen werden, wo es denn der vis hypothecae publicae hinsichtlich der Ingrossation auch nicht bedurfte. —

Diese ist überhaupt in dem Gutachten nicht erwähnt, sondern nur der **effectus** hypothecae publicae, was wol einerlei seyn wird. —

Achter Abschnitt.

§. 38.

So lag die Sache bey der Französischen Invasion, in soweit wir sie oben hinsichtlich des Gerichtsgebrauchs und einiger Statuten der alten und der neuen Provinzen berührt haben.

Das Französische Recht *) kennt, wie der geneigte Le-

*) Seine Kritik gehört nicht hierher, sondern wird ganz unten am Ende dieser Abhandlung kommen.

Hier steht bloß der Effect jener obigen Bestimmung auf die conventionellen Hypotheken im Hannöverschen, während der Herrschaft des Französischen Rechts, so wie der indirecte Einfluß jenes Rechts auf den fraglichen Hannöverschen Rechtsbegriff durch die Hannöverschen transitorischen Verordnungen, zur Untersuchung.

Auch enthalten wir uns hier einer weitern allgemeinen Charakterisirung der Hannöverschen transitorischen Verordnungen aus zwei Gründen, 1) weil sie passender in dem Hefte gegeben wird, welches von der Manipulation der Französischen Geschäftsleute bey Einführung ihres Creditwesens in Deutschland, so wie von dem Gesetze der Inscription und der Vergleichung der verschiedenen Deutschen transitorischen Verordnungen bey der Wiederaufhebung der Französischen Hypothe-

ser weiß, nur eine Art der conventionellen Hypothek im engeren Sinne, mit Ausschluß des Faustpfandes,

kenlegislation handelt. Diese Punkte gehören zu den wichtigsten Erscheinungen im Gebiete der Deutschen Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts, und wir glauben, daß unsere Sammlungen zu dem obigen Zwecke schon Einiges enthalten. 2) Weil manche Gemüther, nach den bekannten politischen Ereignissen im Hannöverschen, bey welchen die transitorischen Verordnungen als einer der stärksten Hebel dienen sollten, noch nicht ruhig genug scheinen, um eine unpartheiische Kritik der Wiederaufhebung der Französischen Institute, und der transitorischen Verordnungen im nördlichen Deutschland ohne Leidenschaft aufnehmen zu können. Wir denken auch hier den Spruch zu befolgen, welcher uns schon als Knaben in dem Braunschweigschen Kirchengebete am meisten zusagte: „Gerecht gegen jedermann!" Diesen Spruch wollen wir auch in der zweiten Hälfte des Lebens gegen Völker, Regierungen, Institute und Individuen ohne Furcht und Vorliebe, so weit es die politischen Partheien erlauben, mit unserer Feder geltend machen. — Die Zeit ist zu ernst zur Partheisucht, und nur das Objective hat Werth und Dauer, und so auch nur eine objective Kritik des Deutsch- und Franzosenthums.

Il faut être juste avec tout le monde, même avec les ministres. Dupin aîné.

Früher hieß es, daß man selbst dem Teufel Gerechtigkeit widerfahren lassen müsse. Man sieht, wie Erfahrung und christliche Liebe die Grundsätze der Vorzeit jetzt corrigirt haben. —

Daß man übrigens im Hannöverschen, zum Theil, namentlich in den nördlichen Provinzen, dominirt durch die Kriegsereignisse und die Stimmung der Population, in politischer und juristischer Hinsicht damals sehr fehlgriff, hat die innere Entwickelung des Landes von 1815 — 30 hinlänglich erwiesen, am schrecklichsten wol mit die Entwickelung des Hannöverschen Hypothekenwesens, welche ganz unglaubliche Erscheinungen in jener Periode darbietet. — Auch noch jetzt sind die Folgen jenes Fehlgriffes von keinem Sterblichen zu berechnen, auch nicht

nämlich aus einem Notariatsinstrumente, die Privathypothek war schon vor der Revolution nicht mehr vorhanden, und wenn gleich der Artikel des Code Napoleon 2127 dahin geht:

L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique devant deux notaires, ou devant un notaire et deux témoins;

im Hypothekenwesen, wo man nicht einmal im Stande war, die durch das Franzosenthum herbeygeführte Verwirrung des Alten zu dominiren, sondern diese bedeutend vergrößerte. Indeß die Andern konnten es zum Theil auch nicht; man sehe Hessen und die Stadt Bremen! Aber der Grad! Auch hier bey dieser Materie war das Unglück, daß man etwas unternahm, was man nicht verstand, und was noch schlimmer war, dessen Schwierigkeiten man gar nicht ahndete, das gewöhnliche Leiden dieser Zeit, auch bey den neuen Verfassungen! — Jetzt ist diese Partie der transitorischen Verordnungen, ganz abgesehen von der verfehlten, so sehr günstigen und niemals wiederkehrenden Gelegenheit, etwas Besseres für die Zukunft einzuführen, eine der Hauptschwierigkeiten bey der Regulirung des Hypothekenwesens im Lande geworden. Churhessen erhielt bekanntlich damals wegen der Persönlichkeit des Fürsten keine transitorische Verordnung, und Braunschweig damals so gut als gar keine, aus anderen Gründen, allerdings ein faux pas! Allein beide Länder fuhren mit dem kahlen und mit wächserner Nase versehenen Grundsatze, daß das Gesetz keine rückwirkende Kraft habe, in der betreffenden Partie weit besser, als das Hannöversche mit seinen 3 langen transitorischen Verordnungen, welche weder des politischen noch des juristischen Elements Herr waren. — Man nahm sich wahrlich Zeit, wie das Datum der Verordnungen ergiebt; aber man hatte dennoch wieder keine Zeit, um die besonderen Statuten des Landes zu berühren und die Landstände zu befragen, Ereignisse, von denen man noch jetzt das Nachdröhnen selbst in den Acten hört. —

so wurde jedoch schon bey den Discussionen sogleich angenommen, daß eine gehörige, selbst vom Schuldner allein, ohne Zuziehung des Gläubigers, geschehene Recognition eines Privathypothekeninstruments dieselbe Kraft habe, als eine ursprüngliche Constitution, weil auch hier, bey der Recognition, ein Notariatsinstrument vorhanden sey, und dieß als so entscheidend angesehen, daß man es nicht einmal für nöthig hielt, der Recognition in dem Gesetzbuche Erwähnung zu thun, — ein richtiger Geschäfts- und legislativer Tact *). —

*) s. Discussions du Code Civil etc. par Jouanneau et Solon, Tom. II. pag. 797.:

M. Duchâtel demande qu'on attribue à la reconnaissance de la signature, lorsqu'elle est faite devant notaires, la même force que lorsqu'elle est faite en jugement.

M. Berlier dit qu'il n'y a point de motif pour admettre l'amendement proposé par M. Duchâtel.

En effet, s'il s'agit d'un titre sous seing privé dont la reconnaissance ait été poursuivie en justice, l'art. XXXII (2123) y pourvoit; l'hypothèque en ce cas devient judiciaire: si au contraire il s'agit d'un titre sous seing privé que toutes les parties intéressées aient porté à un notaire pour lui donner la forme authentique par la transcription, l'annexe, ou une nouvelle rédaction, l'article en discussion suffit; car l'acte notarié donne ouverture à l'hypothèque, et, dès ce moment, elle peut être acquise en observant les formalités prescrites par la loi.

M. Treilhard dit que les actes sous seing privé, ainsi reconnus, deviennent des actes devant notaires, pourvu que la reconnaissance ait lieu de la part de ceux contre lesquels ils font preuve. S'ils n'étaient déposés que par l'une des parties, à moins que ce ne fût le débiteur, la reconnaissance ne serait pas complète.

Die Folge dieses Rechtssatzes für die der Französischen Legislation einige Jahre unterworfenen gesammten Hannöverschen Provinzen, namentlich für diejenigen, welche das Rechtsgebiet der Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828 ausmachen, war diese, daß, abgesehen von den vor Notarien errichteten Hypotheken, eine Menge Privathypotheken erst recognoscirt und dann inscribirt wurden.

Wie stellte sich nun die Hannöversche Legislation zu diesen Verhältnissen, namentlich dem letzteren?

Pro futuro hob sie bekanntlich allgemein und unbedingt die Fortwirkung des Französischen Rechts wieder auf; sie trat diese geistige Erbschaft auf keine Weise an; auch nicht hinsichtlich des Begriffes der öffentlichen Hypothek. Die drei transitorischen Verordnungen erwähnen freilich die öffentliche Hypothek, sie geben aber keinen Wink über den Inhalt jenes Begriffs, wie solcher pro futuro angenommen werden solle.

Pothier Recueil des divers traités sur les Hypothèques éd. de Hutteau. Paris 1809. Tom. I. pag. 110—111.

Persil Régime hypothécaire. Paris 1809. pag. 189—190.

Maleville Analyse raisonnée etc. Tom. 4. pag. 271.

Dieser fügt noch hinzu:

L'article, au reste, est conforme à la loi dernière Cod. Quae res pign. obl. et à la jurisprudence universelle.

Ersteres Citat ist hoffentlich bloß aus einem Gedächtnißfehler des guten Maleville entstanden, statt der l. 11. C. Qui pot. in pign. Wenn solche lapsus nur nicht zu häufig bey ihm vorkämen!

Hinsichtlich des zweiten Citats hätte Maleville, wenn die Franzosen nicht immer an sich allein dächten, wenn vom Universo die Rede ist, rücksichtlich derjenigen Länder, wo das reine Röm. Recht in dieser Materie gilt, noch hinzufügen sollen: à l'exception du bon pays d'Hannovre!

Nur pro praeterito ist in dieser Hinsicht etwas bestimmt, wo es wol am wenigsten nach der eingetretenen Egalisirung durch das Französische Recht einer Bestimmung bedurfte.

Der Art. 102. der transitorischen Verordnung für Meppen und Emsbühren vom 13. Septbr. 1815 *), und der Art. 106. der transitorischen Verordnung für das Hildesheimsche vom 14. April 1815 **) bestimmen hinsichtlich jener Provinzen, welche erst durch die Wiener Congreßacte definitive erworben wurden, die beiden ersteren ehemals Münstersche Absplissen, ein vielbedeutender sehr schöner plastischer Ausdruck für eine grausame Sache:

„Die vor Einführung des Französischen bürgerlichen Gesetzbuches erworbenen Privathypotheken, wenn gleich solche ꝛc. in die Französischen Hypotheken-Register eingetragen seyn sollten, sind dennoch für die Zukunft nur als Privathypotheken anzusehen, und haben auch durch diese Eintragung nicht die Rechte der während der Gültigkeit des Französischen bürgerlichen Gesetzbuchs erworbenen Hypotheken erlangt, selbst wenn sie vom Schuldner vor der Eintragung vor Notar und Zeugen, oder zweien Notarien anerkannt seyn sollten, in sofern nicht aus dem Notarien-Instrumente die Absicht des Schuldners, der früheren Privat-Hypothek die Rechte einer Hypothek des Französischen bürgerlichen Gesetzbuches beyzulegen, auf eine völlig unzweideutige Weise erhellet."

*) Sammlung der Hannöverschen Landesverordnungen ꝛc. von Hagemann 1815. III. pag. 703 seqq.

**) Daselbst I. pag. 187 seqq.

Wir bitten die betreffenden Abschnitte der drei transitorischen Verordnungen namentlich auch hinsichtlich des Begriffs der öffentlichen Hypothek pro futuro gütigst nachzusehen. Wir können in keiner Hinsicht etwas daraus entnehmen.

Diese Bestimmung ist in mehr als einer Hinsicht höchst merkwürdig. —

Sie ließ denjenigen Privathypotheken, welche während der Herrschaft des Französischen Rechts sowol constituirt als recognoscirt und eingetragen waren, die Kraft der Oeffentlichkeit; alle jene drei Facta müssen aber in die Zeit der Herrschaft des Französischen Rechts fallen; sie nahm solche aber denjenigen, die vorher constituirt und recognoscirt, oder bloß constituirt und dann erst in Französischer Zeit recognoscirt waren. So verstehen wir wenigstens die Bestimmung.

Allein die beiden obigen transitorischen Verordnungen gingen von dem Grundsatze aus, daß die während der Herrschaft der Französischen Gesetze eingegangenen Verhältnisse und contrahirten Geschäfte, wenn nicht ein angenommenes höheres Bedürfniß eintrete, zu Recht bestehen sollten, da man die Französische Herrschaft wenigstens hinsichtlich des Hildesheimschen als formell rechtlich anerkennen mußte, wogegen ja die Herzöge von Aremberg und von Looz = Corswarden eben so gut bloß via facti und usurpatorisch ihrer Länder beraubt waren, als der Churfürst von Hannover und der Herzog von Braunschweig. —

Wie paßt nun zu jenem Grundsatze die obige Behandlung der fraglichen Art von Hypotheken?

War die Privathypothek vor der Französischen Zeit constituirt und recognoscirt, so fand sie das Französische Recht als recognoscirt vor; es bestimmte, daß eine solche Recognition die Inscriptionsfähigkeit gebe, mithin erwarb der Gläubiger nach dem damaligen Gesetze ipso jure die Inscriptionsfähigkeit, und dieß war also,

wie wir glauben, nach den angenommenen allgemeinen Grundsätzen, ein wohlerworbenes Recht.

Dieß war aber noch mehr der Fall, wenn die Recognition erst während des fremden Rechts geschah, denn durch diese Recognition gab der Schuldner nach den bestehenden Gesetzen dem Gläubiger die Befugniß, die Inscription zu nehmen, so gewiß als wenn ihm jetzt der Amtmann oder der Notar die Hagemannschen Erörterungen extractsweise auf die Zunge legt, und diese nachlallt, daß sie eine öffentliche Hypothek bestellen wolle.

Ferner, was soll der Schlußpassus heißen: in sofern nicht rc.?

War die Recognition schon früher, vor der Einführung des Französischen Rechts, geschehen, so konnte doch wol der recognoscirende Gläubiger, wenn er nicht ein hypothekarischer Prophet war, schwerlich die Absicht gehabt haben, eine Hypothek im Sinne des Französischen, nicht eingeführten, Rechts zu bestellen, und geschah die Agnition während des Französischen Rechts, so lag ja darin von selbst die geforderte Absicht, wenn man nicht die ganze damalige Rechtsatmosphäre wegblasen will.

Was sind aber, fragen wir weiter, das für Rechte einer Französischen Hypothek, welche der Schuldner die Absicht gehabt haben soll der ci-devant Privathypothek beyzulegen? Vor der Inscription sind solche Rechte noch weiter gar nicht vorhanden, als die Befugniß der Inscription, und erst durch die Inscription wird eine eigentliche Hypothek, gegen dritte Personen, erworben; vorher ist noch gar keine Hypothek im Sinne des Römischen Rechts vorhanden. — Art. 2114. 2115. 2129. 2134. 2135. Soll nun die erste Befugniß gemeint seyn oder die zweite, oder beide? Wir glauben, daß die Vorschrift nichts anders heißen soll, als daß der Schuld-

ner die Absicht gehabt haben soll, sich inscribiren zu lassen, und dieß erhebt die dritte transitorische Verordnung über allen Zweifel; allein diese Absicht gab ihm das damalige Gesetz, oder au contraire! es bekümmerte sich darum so wenig, als ob ein Conscribirter die Absicht hatte, marschiren zu wollen. Die Trommel wurde gerührt, und er marschirte mit oder ohne Absicht, weil der kleine Napoleon hinter den Coulissen stand.

Das damalige Gesetz forderte von Seiten des Schuldners gar keine Absicht zur Inscription, und dennoch forderten jene transitorischen Verordnungen ex post, daß jene Absicht vorhanden gewesen seyn solle; jenes kannte nur eine Art von conventioneller Hypothek, vor Notar und Zeugen, und dennoch wurde in dasselbe der Unterschied zwischen Privat- und öffentlicher Hypothek eingezwängt.

Wie mag nun außerdem wol diese Absicht, an welche niemand dachte und zu denken brauchte, auf eine völlig unzweideutige Art erhellet haben, und dieß möglicher Weise, wie gefordert wird, durch das Notariatsinstrument zu erweisen seyn?

Auch kann man hierauf die Theorie von dem Ausstreppeln der Blutegel wol nicht anwenden, denn sonst hätte man alle Rechte müssen wieder aufheben, welche man durch einen Act des Französischen Rechts erworben hatte, wenn derselbe Act nach gemeinen Rechten nicht dieselbe Befugniß gegeben hätte. — Und wo war hier das höhere Bedürfniß? —

Ferner ist es wol nicht unbescheiden hier speciell zu fragen, existirte denn vor der Einführung respective des Preußischen und des Französischen Rechts respective im Hildesheimschen und in den fraglichen Münsterschen Parcelen die Theorie, daß eine recognoscirte Privathypothek

nicht die Kraft der Oeffentlichkeit habe? Wir wissen dieß freilich nicht speciell, werfen wir aber einen Blick auf das gemeine Recht, so ist es wahrscheinlicher, daß sie daselbst nicht existirte. Gewiß wird aber wol, wie wir schon oben (S. 196.) bemerkt, die Theorie von dem animus, wie sie die Hannöversche Praxis kennt, daselbst nicht existirt haben.

Dieß vorausgesetzt, so wäre der Begriff der Oeffentlichkeit nach der Althannöverschen Praxis nicht allein rückwirkend in die Sphäre des Französischen, sondern auch des früheren Provinzialrechts hineingetragen. — Ersteres ist wenigstens unzweifelhaft.

So viel scheint gleichfalls gewiß, daß durch diese Bestimmungen für jene Provinzen auch pro futuro indirecte als Gesetz ausgesprochen wurde, daß eine vor Notar und Zeugen recognoscirte Privathypothek nicht die Kraft der Oeffentlichkeit habe, vielleicht gar, daß sie durch den animus zur öffentlichen werden könne. Dasselbe würde von der gerichtlichen Agnition analogisch gelten.

Noch weiter ging die transitorische Verordnung für die Althannöverschen vor 1806 bereits besessenen Provinzen, inclusive des Osnabrückschen. Jene Verordnung ist vom 23. August 1814 und bildet die Grundlage der beiden anderen *).

Der §. 61. geht dahin:

„Privathypotheken, es mögen dieselben vor oder während der Unterbrechungszeit ertheilt seyn, gelten fernerhin nur als solche (nämlich als Privathypotheken), wenn gleich sie in die Hypotheken-Register eingetragen, oder vom Schuldner, nur in dieser Eigenschaft, vor

*) Hagemannsche Samml. 1814. II. pag. 703 seqq. namentlich pag. 729.

Notar und Zeugen, oder vor zwei Notarien anerkannt und darauf inscribirt seyn sollten."

Was die früheren, vor der Einführung des Französischen Rechts constituirten, Privathypotheken betrifft, so haben wir uns schon vorher darüber ausgesprochen, indeß ςa passe; man mochte ihnen die Rechte der Oeffentlichkeit nehmen, obgleich es sich schwerlich der Mühe verlohnte, auf die Grundsätze der eigenen älteren Praxis zu recurriren, und dadurch die einmal festgestellten Geschäfte zu stören, da man sonst consequenter Weise auch die nach dem Französischen Rechte bereits geschehene Distribution hätte wieder aufheben müssen. —

Bey den während der Französischen Zeit angeblich ertheilten Privathypotheken thut sich dagegen folgender Gegensatz hervor: 1) sie existirten als Privathypotheken gar nicht, weil diese das Französische Recht Gottlob gar nicht kennt; die transitorische Verordnung gab ihnen aber die Befugnisse, als wenn sie, nach Hannöverschem Rechte, existirt hätten; 2) waren sie recognoscirt und inscribirt, so wurde ihnen die Befugniß, welche sie nach Französischem Rechte hatten, genommen, und ihnen dafür diejenigen Rechte gegeben, welche sie nach den Französischen Gesetzen nicht haben konnten, nämlich, wie der ächte Fromme, im Geheimen wohlthätig zu seyn. —

Durch obige Bestimmung wurde aber auch, so viel wir wissen, zuerst durch eine Königl. Verordnung *) die Hannöversche Praxis hinsichtlich der Oeffentlichkeit der Hypotheken wenigstens in soweit sanctionirt, daß Recognitionen vor Notar und Zeugen, und warum nicht auch vor dem Richter, nicht die Kraft der Oeffentlichkeit geben sollten.

*) Wir bitten die Signaturen und Contrasignaturen der drei transitorischen Verordnungen gütigst zu vergleichen.

In den Herzogthümern Bremen und Verden konnte, wie das Obige ergiebt, jener §. 61. recht gut angewandt werden, weil dort gar keine Notariatshypotheken mit der Kraft der Oeffentlichkeit existirten, sondern die wirkliche gerichtliche Constitution und Ingrossation dazu immer nothwendig war. Hier hatte also die transitorische Verordnung wenigstens freien Spielraum, und sie konnte auf das dortige Recht pro futuro auch nicht einwirken, weil sie kein Object hatte; es existirten keine notariales und quasi publicae hypothecae mit der Kraft der Oeffentlichkeit, sondern allein die Deutsche.

Eben so verhält es sich in allen übrigen Landestheilen, in welchen sonst noch die Deutsche öffentliche Hypothek allein mit dem Charakter der Oeffentlichkeit sich erhalten hat.

Was das Osnabrücksche betrifft, so scheint uns die Anwendung der fraglichen Bestimmungen der transitorischen Verordnung, in ihrem ganzen Umfange, auf das dortige Recht etwas kitzlich; denn jene Bestimmung ging von der alten Hannöverschen Theorie aus, aber leider existirte solche im Osnabrückschen nicht, wie wir oben ausgeführt haben.

Auch können wir nicht glauben, daß es die Absicht der transitorischen Verordnung war, die Osnabrücksche Concursordnung per indirectum in dieser Hinsicht über den Haufen zu stoßen, zumal da jene Concursordnung unter Mitwirkung der Osnabrückschen Landstände gegeben war, wogegen alle drei transitorische Verordnungen ohne Zuziehung der Landstände gegeben sind, so viel wir aus deren Eingange ersehen können. War es aber nicht die Absicht der fraglichen transitorischen Verordnung, die Osnabrücksche Concursordnung abzuändern, so hätte sie vielleicht rathsam gethan, ein ähnliches Proviso in dieser Hinsicht einzurücken, wie in den §. 9. der Verordnung vom 13.

Juni 1828, nämlich: mit Vorbehalt der Provinzialrechte, da man jetzt, um ein schlimmeres Resultat zu vermeiden, nur annehmen kann, daß sie solche übersehen hat.

Ist diese Voraussetzung der nicht beabsichtigten Abänderung der Concursordnung richtig; so hat die fragliche transitorische Verordnung den inscribirten Privathypotheken, also nicht den notariales, nur so viel an Rechten genommen, als ihnen die Französische Inscription mehr gegeben hatte, als die Osnabrückische Concursordnung, also das anscheinend widerrechtliche Plus.

Dieß läßt sich nach dem Obigen leicht abmessen; alle auf eine oder die andere Weise, vor oder während der Herrschaft des Französischen Rechts (denn so weit geht leider die transitorische Verordnung) recognoscirten hypothecae privatae erhalten ohne Rücksicht auf die Französische Inscription diejenigen Rechte, welche sie nach der Concursordnung haben, theils unter den wirklichen publicis, theils zwischen diesen und den privatis. Die vor der Herrschaft des Französischen Rechts erworbenen und während jener Herrschaft gehörig inscribirten notariales können auch wol nur ihr altes Recht als Zwitter in Anspruch nehmen. Kurz die transitorische Verordnung reagirt auch hier, aber nur in soweit, daß sie die materiellen Bestimmungen der Osnabrückschen Concursordnung hinsichtlich der Agnition der privatae reagiren macht; weiter dehnen wir die Reaction nicht aus, weil man sonst leicht dahin kommen könnte, den sämmtlichen während des Französischen Rechts constituirten und eingetragenen notariales die Kraft der Oeffentlichkeit abzusprechen. Gehen wir also auch hier nicht weiter in das Labyrinth hinein, als wir als gute Juristen gezwungen sind.

Eben so wenig glauben wir, daß pro futuro die dor-

tige Theorie von der öffentlichen Hypothek durch die transitorische Verordnung hat gestört werden sollen.

Von einem animus kann aber auch im Osnabrückschen, wenigstens nach der Concursordnung, nicht die Rede seyn.

Wir könnten indeß, für unsere Person, auch nichts dagegen haben, wenn man etwa annehmen wollte, daß die transitorische Verordnung die Concursordnung in soweit, indirecte, aufgehoben habe; wir müssen aber gegen eine solche Annahme wegen der dabey nothwendigen Voraussetzungen und der daraus sich ergebenden Resultate protestiren.

Man sieht aber hieraus, und dieß kann niemals zu oft und zu eindringlich wiederholt werden, wie gar sehr nothwendig es ist, in einem Lande, wo sich noch eine Anzahl von Statuten, gleichsam Abdrücke der antidiluvianischen Rechtsproducte, worüber man bey Cuvier, Brogniart und dem Grafen Sternberg das Nähere finden kann, erhalten haben, diese Statuten bey einer neuen Legislation stets vor Augen zu haben, schon um deswillen, um den verschiedenen Thermometerstand in den verschiedenen Zeitatmosphären gehörig notiren zu können. Unten wird sich unser Axiom gerade hinsichtlich der Osnabrückschen Concursordnung noch mehr bewähren. —

Ferner fragen wir, was wir fast als die Hauptsache, wie gewöhnlich, übersehen hätten, wie weit geht der in der transitorischen Verordnung vom 23. August 1814 gebrauchte Ausdruck: Privathypotheken? Abgesehen von der Osnabrückschen Concursordnung, und denjenigen Statuten, welche zwischen die Deutschrechtliche Hypothek und die Privathypothek die notarialis stellen, doch wol soweit, als ihn die Hannöversche Praxis vorher genommen hatte, d. h. auch vor Notarien oder drei Zeugen constituirte Hypo-

theken, wenn sie nicht in vim hypothecae publicae ausdrücklich constituirt waren, also auch die bloß angemeldeten, confirmirten, geoffenbarten Hypotheken? Bey ersteren ist dieß freilich nach dem obigen Actenextracte schon vor 1814 controvers gewesen. Also allen diesen Hypotheken wurden ihre durch die Französische Inscription erworbenen Rechte etwa wieder entzogen?

Anfangs haben wir geglaubt, daß bloß von den vor Notaren recognoscirten Privathypotheken die Rede sey, und daß also auch indirecte die legislative Bestimmung pro futuro nur soweit gehe; wir glauben aber, daß der §. 61. auf alle obigen Fälle, consequenter und also auch wol möglicher Weise, gehen könne, weil die alte Praxis dieß alles zu den Privathypotheken, unter gewissen Umständen, zählte, und der Anfang des §. 61. ganz allgemein abgefaßt ist, wo denn auch das legislative Princip pro futuro soweit gehen könnte. —

Man wäre hier also ganz auf dem sicheren Gebiete des obigen Actenextractes.

Ferner unterscheidet ja jener §. 61., wie es scheint, Privathypotheken, welche ohne Recognition vor Notar und Zeugen, und solche, welche nach solcher Recognition eingetragen sind, und letzteres sogar als ein Climax! Jenes können aber keine anderen seyn, als die oben bezeichneten, da kein Französischer Hypothekenbewahrer nicht recognoscirte Privathypotheken eintrug, wenigstens solche nicht, welche erst nach Einführung des Code Napoleon constituirt waren, denn hinsichtlich der schon vorher vorhandenen ist dieß wenigstens verschieden nach den verschiedenen fremden transitorischen Verordnungen gehalten, wie wir an einem andern Orte zeigen werden.

Also eine neue wichtige Controverse pro praeterito et futuro!

Wir, persönlich, beruhigen uns sehr leicht auch bey dieser Ungewißheit, da wir so viel gewiß wissen, daß die Gewißheit nicht das Loos des Sterblichen, wenigstens nicht das unsrige ist. Soll aber diese Ungewißheit durch die Legislation demnächst gehoben werden, so können wir nur der Ansicht seyn, daß es rathsam ist, sie auf das Minimum, die Agnition, zu fixiren, zumal dieß auch das Wahrscheinlichere ist. Wir kommen demnächst hierauf zurück.

Man sieht aber recht, wie fest der hergebrachte Begriff der öffentlichen Hypothek bey dem Concipienten des betreffenden Theils der transitorischen Verordnung eingewurzelt seyn mußte, um solche, wie wir glauben, sehr schädliche Rückgriffe zu thun, und man darf vielleicht, wenn man diese rückwirkende Kraft der Hannöverschen vis hypothecae publicae sieht, in Beziehung auf diese, mit Virgil ausrufen:

Tantaene animis coelestibus irae!

Schon oben am Ende des §. 25. (S. 133 ff.) ist von uns bemerkt, daß in dem daselbst analysirten Präjudize vom 31. März 1817 der Einfluß der betreffenden Bestimmung der transitorischen Verordnung pro futuro auf die hypothecae quasi publicae nicht berücksichtigt zu seyn scheint, mithin die Sache, ungeachtet jener gesetzlichen Bestimmung, wieder in die alte Controverse gefallen ist. —

Vergleicht man nun, natürlich hier bloß in doctrineller Hinsicht, den Gang und die Resultate des Französischen und des Hannöverschen Rechts hinsichtlich des Begriffes der conventionellen öffentlichen Hypothek, so möchte sich vielleicht Folgendes ergeben.

Die l. 11. C. Qui pot. in pign. war schon vor der Französischen Revolution hinsichtlich des Begriffes der Oeffentlichkeit der conventionellen Hypothek in dem Sinne, wie die Französische Rechtsschule und Praxis solchen

firirt hatte, und wie wir ihn oben deducirt haben, in dem größten Theile von Frankreich, in welchem keine Inscription hergebracht war, das Landesrecht, und dieser Begriff wurde durch die neue Französische Legislation über ganz Frankreich mit seiner klaren Präcision generalisirt, und man baute darauf, bey Einführung des Hypothekenbuches, stillschweigend den Begriff der Ingrossationsfähigkeit. Im Hannöverschen war dieselbe l. 11. C. cit. das allgemeine Landesrecht, in sofern nicht besondere Statuten, welche sie entweder ganz verdrängten oder nur modificirten, vorhanden waren; allein unglücklicher Weise bekam der Begriff der öffentlichen Hypothek hier einen solchen Anhang, daß es nicht mehr möglich war, ihn zu analysiren; der Code Napoleon befreite uns von jenem Anhange, und führte virtualiter die l. 11. C. cit. in ihrem wahren, wenigstens ganz firirten, Sinne wieder ein; allein jener Anhang wurde später durch die Legislation pro futuro et praeterito wieder in integrum restituirt, und zwar auf eine solche Weise, daß der fragliche Begriff selbst in denjenigen Theilen des Landes controvers wurde, wo er es vorher nicht gewesen war. Auch wurde die Privathypothek als ein Ingredienz der alten guten Zeit wieder eingeführt. —

§. 39.

Wenden wir uns nun wieder zu den Deutschen Sachen! —

Der geneigte Leser wird sich vielleicht aus dem obigen Actenertracte erinnern, daß es unter den Hannöverschen Juristen etwas controvers war, ob nach gemeinen Rechten die Bestellung der gerichtlichen Hypotheken zu der so genannten jurisdictio voluntaria mera oder mixta gehöre, und ob dazu eine causae cognitio erforderlich sey oder

nicht, eine Frage, welche das Französische Recht auch bündig entschieden hatte.

Machen wir nun einen Sprung von 8 Jahren, so sind wir, von der transitorischen Verordnung vom 23. Aug. 1814 angerechnet, welche jene Controverse wiederherstellte, fast gerade vor der Verordnung vom 29. October 1822, über die Competenz der Gerichte rc. *), welches eine declaratorische Verordnung ist, mithin ex professo darauf ausgeht, juristische Knoten zu lösen, und nicht zu schürzen, namentlich auch in obiger Hinsicht. —

Auch ist jene Verordnung so deutlich und gleichsam durchsichtig stylisirt, daß es kaum möglich scheint, daß durch dieselbe sämmtliche alte Zweifel nicht gelöst seyn sollten, und sogar neue daraus erwachsen könnten, und doch ergab dieß neulich, nicht leere speculirende Theorie, sondern die dürre Nothwendigkeit der Geschäfte.

Wir wollen jener Verordnung jedoch durch das Nachstehende keinesweges im Uebrigen ihre legislativen Verdienste absprechen; die Materie ist aber auch eine bereits sehr oft behandelte, und damit der etwaige ausländische Leser selbst vollständig urtheilen könne, wir selbst aber vor dem Vorwurfe der Verdrehung sicher seyen, lassen wir die Verordnung in der Anlage A. abdrucken.

Es soll die Verordnung nach der Ueberschrift die Competenz der Gerichte bey Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in den Landestheilen, in welchen die Preußische Gerichtsordnung nicht gilt, reguliren, und in der Einleitung ist bemerkt, daß hinsichtlich der Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, theils in Beziehung auf die Competenz der Gerichte überhaupt, bey wel-

*) Gesetzsammlung 1822. Abthl. I. № 41. pag. 381—383.

chen sie vollzogen werden, theils in Beziehung auf die Ausdehnung und die Grenzen dieser Competenz Zweifel und daraus verderbliche Processe entstanden seyen, namentlich hinsichtlich der letzten Willensmeinungen, und daß diesen Ungewißheiten ein Ziel gesetzt werden solle.

Die Verordnung geht also namentlich mit auf die Hypothekbestellungen, da auch sie ja mit zu der freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören.

Alsdann ist im §. 1. im Wesentlichen bestimmt, daß alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bey denen irgend eine vorgängige Untersuchung und Vergewisserung erfordert wird, sey es nun hinsichtlich der Personen oder der Sachen, kurz alle Handlungen der gemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit ausschließlich vor das in Rücksicht der Personen oder der Gegenstände competente Gericht gehören sollen.

Dagegen können nach §. 2. alle Handlungen, welche keiner derartigen Untersuchung bedürfen, bey denen es vielmehr lediglich auf den freien Willen der Partheien ankommt, und denen namentlich die Testamente und andere letzwillige Dispositionen beygezählt sind, vor jedem Civilgerichte des Landes, ohne Rücksicht auf dessen sonstige Competenz, vorgenommen werden, jedoch muß dieß innerhalb des Gerichtsbezirks geschehen. Selbst die auswärtigen Gerichte sind hier nicht ausgeschlossen, leider aber die Notare und die übrigen Beamten der freiwilligen Gerichtsbarkeit des Auslandes nicht berührt.

Von dem übrigen Inhalte brauchen wir nur herauszuheben, daß hinsichtlich der Untergerichte im §. 6. in soweit noch eine Ausnahme von jener Regel gemacht ist, daß bey Ausübung der Handlungen der reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit von ihrer Seite die etwaige Canzleysäs-

sigkeit des in ihrem Bezirke oder in dessen Nähe liegenden Hauses oder Hofes, woselbst von ihnen eine solche Handlung vorzunehmen ist, kein Hinderniß ihrer Rechtsbeständigkeit und ihrer gerichtlichen Eigenschaft (?) abgeben soll.

Den zu diesem Schlußpassus gehörigen Inhalt des §. 4. werden wir unten herausheben.

Von der bedenklichen Controverse des freien Willens, welche in diese Verordnung wol unnöthiger Weise sich eingeschlichen hat, und deren Einschub, wie gewöhnlich, nur ein clair-obscur hervorbrachte, können wir hier, um den Theologen und Philosophen, genus irritabile, nicht vorzugreifen, abstrahiren; wir wollen nur das Andenken des alten Pufendorf hierbey sichern, welcher in seiner Jugendarbeit De jurisd. Germanica P. 1. Cap. IV. §. 42. sagt: Quatenus jurisdictio in invitos exercetur, contentiosa dicitur. Quatenus autem in volentes (et) omnino secundum ipsorum voluntatem exercetur, voluntariae nomen habet.

Pufendorf stellt also die beiden Hauptarten der Jurisdiction und die Personen, über welche sie ausgeübt wird, sich einander gegenüber; hier werden zwei Unterabtheilungen, und außerdem die Handlungen der Partheien einander gegenübergestellt, wo denn die Definition, welche überhaupt nicht die zweckmäßigste ist, nicht ganz so gut mehr passen will.

Besser ist die jurisdictio voluntaria mera von Pufendorf und seinen Vorgängern im §. 68. beschrieben: In actibus voluntariae jurisdictionis judex solemnitatis tantum vel plenioris fidei gratia intercedit.

Die Verordnung geht also von dem Unterschiede der jurisdictio voluntaria mixta und mera aus, und baut darauf allein ihre Bestimmungen. — Jener Unterschied enthält also die beiden Vorbegriffe, deren Gehalt vor allen Dingen festgestellt werden mußte; er ist aber leider nur durch die gewöhnlichen Definitionen bezeichnet, und, wie wir glauben, nicht so scharf als er sich schon in Pufendorf, oder in irgend einem Compendio, z. B. Hellfeld Jurispr. for. lib. II. tit. 1. §. 193. 194., fand, wo hierbey alles auf die causae cognitio gestellt wurde. Eben so hält sich J. H. Böhmer J. E. Protest. lib. II. Tit. XXX. §. 8. mit Recht lediglich an die causae cognitio.

Die obigen Kunstausdrücke sind aber bekanntlich aus dem Römischen Staatsrechte, und wol nicht ganz rein entlehnt, und, auf die Deutschen Verhältnisse unpassender Weise übertragen, haben sie von jeher Streit darüber veranlaßt, was zu der jurisdictio volunt. mixta und mera gehöre.

Gerade diese Wurzel des Zweifels abzuschneiden, das war ein legislatives Bedürfniß, nicht eine bedenkliche Definition jener confusen Begriffe zu geben, welche die Sache im glücklichsten Falle in der Lage ließ, in welcher sie solche fand, mit Ausnahme der speciell genannten Testamente und der letztwilligen Dispositionen, N. B. der reinen, bey denen eine Entscheidung wol um so weniger nothwendig war, da die reinen letztwilligen Dispositionen nach der Reichslegislation von den Notarien aufgenommen werden können, und diese bekanntlich keine causae cognitio haben, mithin solche Actus zu der jurisdictio volunt. mera gehören.

Hinsichtlich der componirten letztwilligen Dispositionen des Deutschen Rechts, als Erbverträge, Einkindschaften, Ehepacten, an welche der Concipient schwerlich dachte, wurde die Fixirung des Rechts, wie wir glauben, wol nicht besonders gefördert, sondern die Sache blieb höchstens da liegen, wo sie lag, wenn sie nicht, wie wir glauben, bedenklicher wurde. In solchen Fällen kann die Legislation nur dadurch ihren wohlthätigen, auch in der vorliegenden Verordnung ausgesprochenen und von uns keinesweges verkannten, Zweck erreichen, wenn sie, jedoch causa plene cognita et perpensa, die einzelnen Fälle genau aufzählt, und dieß ist schon von Mehreren geschehen. Aller Zweifel war ja hier sogleich beseitigt durch Aufzählung der wenigen Fälle der jurisdictio volunt. mixta, und wenn man nicht weiter hinaufstieg als bis zur causae cognitio, und die verschiedenen Arten der Jurisdiction ganz unberührt ließ. —

Hier nur von den Hypotheken! Wir fragen, zu welcher Art der Jurisdiction gehört die Hypothekbestellung?

Man sehe den obigen Actenextract, man sehe die Pufendorfschen und Hagemannschen Werke! Hier wird man einen üblen Trost finden, da die Hannöverschen Schriftsteller über nichts verschiedenerer Ansicht sind, als ob die so genannte öffentliche Hypothek, wenn sie vor einem Richter bestellt wird, in foro rei sitae und causa cognita bestellt werden müsse oder nicht. — Ist aber jenes der Fall, so gehört die Bestellung zur jurisdictio voluntaria mixta, sonst zur mera.

Diese Controverse blieb also liegen, wie sie war, und sie war erheblicher, als die über die reinen letztwilligen Dispositionen. —

Einen eben so großen Uebelstand enthalten die Worte des §. 6. „die etwaige Canzleysässigkeit des in ihrem Bezirke oder in dessen Nähe liegenden Hauses.“

Daß Obiges nicht leere Chimären sind, ergebe folgender noch ziemlich frischer Fall, aus dem Rechtssprengel der Calenbergschen Verordnungen.

In einer Vormundschaft über exemte Personen wird dem Vormunde, der gleichfalls exemt ist, die Bestellung einer öffentlichen Hypothek an dem ihm theilweise mit zugehörenden fundus exemtus in Gemäßheit der Verordnung vom 13. Juni 1828, als Caution für seine Administration, aufgegeben. Zu der Bestellung der Hypothek requirirt der Vormund einen benachbarten Königl. Beamten zu sich auf den fundus exemtus. Dieser Beamte übt schon die Criminaljurisdiction in dem Patrimonialgerichte des Mündels und seiner Agnaten, in welchem der fundus exemtus liegt, laut besonderer Convention, aus; im Uebrigen ist das Patrimonialgericht ein ungeschlossenes.

Als der Vormund das hypothekarische Cautionsinstrument, welches erst noch ingrossirt werden sollte, zur Prüfung bey der Obervormundschaft einreicht, wird an der Competenz des Beamten Anstand genommen, und darüber Bericht gefordert.

Dieser Bericht trifft aber so gut als gar nicht die Hauptsache, nämlich die Präjudicialfrage, ob die Aufnahme eines hypothekarischen Instruments zu der jurisdictio voluntaria mixta oder mera gehöre. — Hier wird nun der verehrte Herr Referent, wenn er es gründlich gemeint hat, sich wahrscheinlich genöthigt gesehen haben, wenigstens die Resultate des obigen Actenextractes hinsichtlich dieser Frage in Beziehung auf das Römische, Deutsche und Calenbergsche Recht vorzulegen, und wir fragen den geneigten

Leser, wenn er nicht selbst so eben von dieser erquicklichen Untersuchung heimkehrt, wie viel Aufwand an Zeit, also an Geld, entweder aus der Staatscasse oder, wie hier größtentheils der Fall war, aus eigenen Mitteln, er dafür zubilligen muß? —

Es wurde angenommen, daß die l. 11. C. cit., wo nicht besondere Statuten vorhanden, das Landesrecht enthalte, daß jenes Gesetz aber die Bestellung einer öffentlichen Hypothek weder an forum domicilii noch rei sitae binde, und keine causae cognitio fordere; ferner, daß ungeachtet der sich widerstreitenden oben angeführten Ansichten der Hannöverschen Praktiker, nach dem Zeugnisse des Herrn O. A. Raths Spangenberg, das höchste Gericht immer auf diese Weise entschieden habe; daß bey den Exemten, nach den Calenbergschen Statuten, vor der Verordnung vom 13. Juni 1828, weder eine Confirmation, noch Anmeldung, noch Ingrossation nothwendig gewesen, daß durch jene Verordnung nur die letztere eingeführt sey, und daß jetzt außerdem nicht die Ingrossation, sondern lediglich die Bestellung der Hypothek in Frage stehe. —

Tunc quaerebatur: ob die obige Verordnung vom 29. Oct. 1822 hieran etwas geändert habe, und dieß wurde um so genauer untersucht, da der Herr O. A. Rath Spangenberg *), wie der obige §. 19. (S. 92 ff.) ergiebt, seine Ansicht über jene Verordnung dahin ausgesprochen hat: „Seit 1822 kann jedoch kein Bedenken darüber obwalten, daß nur die zweite v. Pufendorfsche Ansicht zu befolgen sey, indem die Verordnung vom 29. Oct. 1822. §. 1. die Bestellung einer gerichtlichen Hypothek zu den actibus jurisdictionis

*) s. die Spangenbergsche Ausgabe der Rechtlichen Bedenken von Strube Band I. pag. 418. Note *).

voluntariae mixtae gerechnet wissen will, und mithin den judex rei sitae für allein und ausschließlich competent erklärt."

Diese Ansicht wurde aber nicht angenommen, weil jene Verordnung gar nichts darüber enthalte, ob die Hypothekbestellung zur jurisdictio voluntaria mixta oder mera gehöre, sondern die Frage in dem Zustande gelassen habe, in welchem sie solche vorgefunden, und daß dieß um so weniger Zweifel leide, da die Verordnung vom 13. Juni 1828 §. 6. die bloße Bestellung einer Hypothek für sich vor einem andern Richter, als dem judex rei sitae, nach wie vor, verstatte, wie wir unten weiter berühren werden. Es wurde also die Competenz des Unterrichters in soweit als vorhanden angenommen; sonst hätte die Bestellung müssen an die Justizcanzley ohne Zweifel verwiesen werden, da diese judex domicilii et rei sitae zugleich war. —

Nun bedenke man hierbey gütigst, daß dieselbe Untersuchung nochmals von der Justizcanzley angestellt werden mußte, weil vor diese die Ingrossation gehörte, und vorher nach der Verordnung vom 13. Juni 1828 eine causae cognitio bey jener Behörde darüber erforderlich war, ob eine öffentliche Hypothek vorhanden sey; ferner, daß jene Behörde möglicher Weise anderer Ansicht seyn konnte, und daß, wenn sie es auch nicht war, alles dieß gar keinen Effect hat, wenn bey einem etwaigen Concurse, über das Vermögen des Vormundes, auf die Auctorität eines der berühmtesten Mitglieder des höchsten Gerichts das Gegentheil angenommen wird, daß die Bestellung der Hypothek zu der jurisdictio voluntaria mixta gehöre.

Denn alsdann ist die fragliche Hypothek nur eine Privathypothek; die Pupillen können das leere Nachsehen haben, und wenigstens es versuchen, ihren Regreß an ihren

Obervormund zu nehmen, weil er den Vormund nicht gehörig hat Caution bestellen lassen, und alles dieß bey einer tutela testamentaria, wo wenigstens das Römische Recht, aus genügenden Gründen, gar keine Specialcaution für nothwendig hält, aber die Reichspolizeiordnung so verstanden wird, daß er nach Umständen ex arbitrio magistratus dazu verbunden sey. —

Alles dieß ist aber eine Folge davon, daß die obige Verordnung von 1822 sich mit einer bloßen Definition da begnügte, wo ein specieller Catalog nothwendig gewesen wäre. —

Wir wissen freilich wohl, daß ein solcher Catalog in einiger Hinsicht und namentlich auch hinsichtlich der Hypothekbestellung bedenklich gewesen wäre, gerade weil zwei sich bekämpfende Arten von Hypotheken hinsichtlich des Grundeigenthums im Lande existirten, die des reinen Römischen Rechts, welche offenbar zur jurisdictio volunt. mera, und die des Deutschen Rechts, welche zur jurisd. volunt. mixta eben so offenbar gehört. Allein diese beiden Fälle konnten auch, selbst wenn man nicht tiefer einschneiden wollte, sehr gut getroffen werden, wenn man in denjenigen Landestheilen, in welchen die Constitution oder Confirmation der Hypothek, causa cognita, statutenmäßig allein vor dem judex rei sitae rechtsbeständig geschehen kann, es dabey bewenden ließ, so wie bey der Confirmation in foro domicilii nach der Bauernverordnung vom 4. April 1620; für die andern Landestheile aber, so wie hinsichtlich aller Mobilien, bestimmte, daß sie an keinen bestimmten Richter gebunden seyen. —

Diese Zweifel müssen sich aber unendlich oft im Lande wiederholen, und sind vorzüglich in den Händen des Halbunterrichteten eine wahrhaft tödtliche Waffe. Sie werden selbst

durch den §. 6. der Verordnung vom 13. Juni 1828 pro futuro nicht entschieden abgeschnitten, weil dieser §. die sonstige Competenz des Richters, welcher das Hypotheken-instrument aufnimmt, doch wol voraussetzt, also auf die obige Verordnung von 1822, und diese wieder auf Pufendorf, Hagemann und Strube zurückweißt. Wenigstens würde wieder dieses zweifelhaft werden, ob die Verordnung von 1828 die von 1822 in dieser Hinsicht habe abändern wollen, wie wir nicht annehmen können.

Wenden wir uns nun zu dem Schicksale des fraglichen hypothekarischen Instruments zurück, in soweit es als ein actus jurisd. volunt. merae betrachtet wurde.

Der Beamte berichtete in dieser Hinsicht, 1) daß er zur Aufnahme der hypothekarischen Erklärung requirirt sey. —

Dieß schien nach der Verordnung keinen Unterschied zu machen.

2) Daß die Verordnung von Partheien, folglich von mehreren Theilen und nicht von einseitigen Beglaubigungen und Erklärungen rede.

Auch diesen Unterschied schien die Verordnung nicht an die Hand zu geben.

3) Daß das fragliche adliche Gut in dem Gerichtssprengel des Beamten gewissermaßen belegen sey, indem der Beamte darin die Criminal-Hoheits-Sachen, mithin weit wichtigere Geschäfte als die jurisdictio voluntaria, vornehme. Cui licet plus, licet et minus!

Sed placebat, daß die Verordnung geographische Grenzen einer Gesammtjurisdiction vor Augen habe; ferner, daß von der Criminaljurisdiction kein Schluß auf die Civiljurisdiction zu ziehen sey.

4) Daß das adliche Gut in der Nähe des Jurisdic-

tionsbezirks liege, casus in terminis terminantibus, um gutes Latein zu reden!

Der Grad der Entfernung war aber nicht angegeben. Auch wurde bemerkt, daß der Begriff der Nähe und Ferne ein sehr relativer sey. Dieß gehe, hätte scherzend hinzugefügt werden können, schon aus dem Homer hervor, indem dasjenige, was dem jungen schnellfüßigen Achill sehr nahe gewesen sey, dem reisigen Nestor eine weite Entfernung für seine müden Beine gedäucht habe, und daß man noch nicht wissen könne, ob der etwaige künftige Contradictor und Concursrichter sich als einen Achill oder als einen Nestor bewähren werde; ferner, daß eine obervormundschaftliche Behörde, wenn es sich um die Caution des Vormundes, also de propria salute, handle, denn sonst könne man schon 5 gerade seyn lassen, wohl thue, die Sache № sicher zu nehmen und einen jeden Katzensprung, namentlich den berühmten „von Frankfurt nach Würzburg," welcher seinen Verfasser, wenn wir nicht irren, auf 5 Jahre in das Baiersche Correctionshaus brachte, für eine große Distance zu halten, weil Quot capita, tot sententiae!

Dictum, factum! Es wurde beliebt, das Cautionsinstrument in dem Gerichtssprengel des Beamten umschreiben zu lassen.

Wir glauben, daß dieser Punkt bestimmter habe gefaßt werden können, wenn die Einschließung in den District nach der Civiljurisdiction abgemessen wäre, wie es doch wol die Absicht war, und wenn statt der Nähe, die unmittelbare Angrenzung des fundus exemtus oder des Patrimonialgerichts, in welchem derselbe liegt, an den Jurisdictionsbezirk des Untergerichts zur Richtschnur genommen wäre, denn diese wird selten zweifelhaft seyn. —

Noch ein kleiner Zweifel stößt uns bey dieser Verordnung auf, nämlich: was für eine Art von Sanction enthält sie?

Hier zeigt sie sich a) als lückenhaft, denn bey der Ueberschreitung der Competenz hinsichtlich der jurisdictio volunt. mixta ist gar keine Sanction ersichtlich, da der §. 4. offenbar nur von den actus jurisd. volunt. merae handelt.

Nach unserer Ansicht ist ein solcher Act von selbst null und nichtig, denn was incompetenter Weise geschieht, existirt gar nicht; dieß ist aber vorzüglich dann der Fall, wenn zu dem Bestande des Geschäfts eine causae cognitio vorgeschrieben ist. Eine von einem incompetenten Richter vorgenommene causae cognitio ist gar keine, wahrscheinlich weil ihm das Gesetz für das fragliche Geschäft den Staar nicht gestochen hat, und die causae cognitio ist die Bedingung des Geschäfts. —

Dagegen ist b) hinsichtlich der actus jurisd. volunt. merae eine mehrfache Sanction ersichtlich.

Schon der §. 4. enthält eine zweifache Sanction: 1) jedes incompetenter Weise aufgenommene Geschäft dieser Art soll nur als ein des öffentlichen Glaubens ermangelnder Privatact angesehen; 2) die unbefugten Gerichte sollen den Umständen nach bestraft werden.

Der §. 6. enthält in dieser Hinsicht außerdem noch die Bestimmung, daß die etwaige Canzleysässigkeit ꝛc. ut supra, kein Hinderniß ihrer (der Handlungen) Rechtsbeständigkeit und ihrer gerichtlichen Eigenschaft abgeben soll. Hier ist also argumento a contrario 1) eine Wiederholung, daß ein auf einem nicht in der Nähe liegenden canzleysässigen Hofe aufgenommenes Instrument nur ein Privatact und kein gerichtlicher

seyn soll; 2) soll, **wenn** die Nähe vorhanden ist, das Instrument **rechtsbeständig** seyn; ist die Nähe also **nicht** vorhanden, so folgt gleichfalls argumento a contrario ziemlich scharf, daß das Instrument **nicht rechtsbeständig** ist.

Wie paßt dieß aber zu dem §. 4., nach welchem ein solcher Act nur **keine fides publica haben**, aber als ein **Privatact** bestehen soll? Wie kommen sogar im §. 6. die **Rechtsbeständigkeit** und die **gerichtliche Eigenschaft so nahe und so friedlich** zusammen? Gewiß, wie wir glauben, die **Rechtsbeständigkeit** war hier ein übler Zusatz, dessen Widerspruch sich alsbald fühlt, da ein actus jurisd. volunt. merae immer ein Act **bleibt**, wenn er auch nicht in forma probante vorliegt; anders bey der mixta, wo die Nullität auf dem Fuße folgt. —

Man beschuldige uns ja nicht tadelsüchtiger Kleinigkeitskrämerey! Jenes sind, von dem juristischen Tacte abgesehen, so gewiß Realitäten, als wenn ich einen Blick auf das Ziegeldach meines Nachbars werfe, und bemerke, daß ein Ziegel ganz fehlt, und daß zwei verschoben sind; ich weiß alsdann, daß es bald hineinregnen wird. — Ganz so in dem Gefuge des Lebens und der Geschäfte. — Dieß sollte einen wahren Crocodillpanzer haben. Der Regen dringt in die kleinsten Fugen hinein, und führt Fäulniß mit sich.

Die Hannöverschen Geschäftsleute haben, so wie die übrigen, gar oft *) gewünscht, das Recht besser **fixirt** zu

*) s. darüber den Stoßseufzer schon in dem Hannöverschen Landtagsabschiede vom 3. April 1639 (!) Willich II. pag. 442 und 43. der ersten Ausgabe.

Uebrigens soll die **Landschaft** nach demselben Landtagsabschiede mit ihrem Gutachten über die zu erlassenden Declaratorien **gehört** werden. Wir bitten hiermit den Entwurf der Verfassung von 1831 zu vergleichen.

sehen, und der Inhalt dieses Heftes wird ihren Wunsch wol am besten rechtfertigen; auch sie haben im vorigen Decennio, wie früher schon andere, den Weg der Declaration aus dem Justizdepartement eingeschlagen; der Erfolg war auch hier nicht immer besonders brillant, weder in doctrineller noch in politischer Hinsicht, wie schon das obige Beyspiel ergiebt, zum Theil so wenig, daß er im In- und Auslande Aufsehen erregte; wir brauchen hier bloß an Feud. II, 50. und an die unbedingt geforderte bona fides bey der Extinctivverjährung zu erinnern. — Das Unternehmen scheint nachher auch etwas ins Stocken gerathen zu seyn; man hat die doch in dieser Materie fast canonische Zahl 50 bey weitem noch nicht erreicht, und in wie viel 1000 Punkten muß das gemeine Recht, wenn wir solches beybehalten wollen, noch fixirt werden! — Sollte nicht ein schnellerer und sicherer Weg der Fixirung des Rechts aufgefunden werden können, als jener so lange, so mühsam im Hannöverschen vorbereitete, und dann so schnell wieder verlassene?

Hier lag fast seit einem Jahrhunderte die obige Controverse vor, ob die Hypothekbestellung zur jurisdictio voluntaria mixta oder mera gehöre; eine sehr gute Gelegenheit bot sich zu deren Entscheidung dar; sie wurde aber nicht entschieden.

Wird auch das forum privilegiatum hinsichtlich der Realitäten, wie uns der Entwurf der Verfassung dazu die sichere Hoffnung giebt, aufgehoben, ein großer Schritt zur Verbesserung des Rechts, so spät in Norddeutschland gemacht, so wird dadurch die obige Controverse natürlich doch nicht ganz geschlichtet, sondern die zweifelhaften Fälle werden nur etwas vermindert. —

Neunter Abschnitt.

§. 40.

Peracti labores jucundi!

Sey es uns also um so mehr erlaubt, bevor wir zur Analyse der Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828 schreiten, hier noch das schon im §. 30. (S. 167.) angekündigte kleine respective Nach- und Vorspiel loser juristischer Reflexionen einzuschieben, welches wir als eine Art Amerikanischer lederner oder aus Leder gemachter Brücke ansehen, über welche der geneigte Leser, freilich mit einiger Lebensgefahr, den bedenklichen Spalt, welcher Vergangenheit und Zukunft zu trennen pflegt, überschreiten soll. Von einer solchen Brücke erwartet man nicht die plumpe Festigkeit des prosaischen Eisens, Steines oder Holzes; sie schwankt, hebt und senkt sich, und nur mit Zittern gelangt man hinüber, wie Humboldt und Mollien so gut beschreiben.

Fern war von uns und ist noch jetzt die Absicht, irgend einen Schatten auf das Andenken der großen Hannöverschen Praktiker zu werfen; niemand erkennt ihre vorzüglichen Verdienste und ihren wohlerworbenen Besitz des

Ruhmes freudiger an, als wir, und was würde aus der Hannöverschen Praxis geworden seyn, wenn jene Männer nicht vorhanden gewesen wären!

Auch kennen wir den Boden, auf welchem sie standen, hinlänglich; alles war bereits verwirrt und vernichtet; ein grundloses Torfmoor, dessen Aufräumung, rebus sic stantibus, nicht das Geschäft des Richters, sondern des Gesetzgebers ist.

Nur dieses könnte man vielleicht wünschen, daß jene Schriftsteller, über die Qualität des Grund und Bodens, auf welchem sie standen, sich nicht geirrt; daß sie diesen einer sorgfältigeren Analyse unterworfen; daß sie seine Unsicherheit erkannt, und nicht geglaubt hätten, da fest zu stehen, wo sie offenbar in die Tiefe sanken.

Eine genaue Darlegung des Terrains würde von wesentlichem Nutzen gewesen seyn; man hätte die verschiedenen Sachen getrennt; die beiden Systeme bis auf die Wurzel verfolgt, und die Wasserscheide der beiden Rechte gehörig abgemarkt; für jedes bald den gehörigen Standpunkt gewonnen; die Begriffe aus einander gehalten, und daraus würde sich bald alles Uebrige von selbst ergeben haben, namentlich würde dadurch auch der Legislation vorgearbeitet seyn, welche ja in der Regel nichts anderes als die Resultate der juristischen Literatur wiedergeben kann *).

*) Wie glücklich würden wir seyn, wenn recht viele Geschäftsleute Rechtsfälle aus dem legislativen Standpunkte bearbeiteten; aus dem doctrinellen Standpunkte hat uns ja die Vergangenheit mehrere und oft bessere geliefert, als wir respective durchzulesen oder bekannt zu machen im Stande sind, und von den neueren ist schon vieles, mit einst berühmten Namen geschmückt, Maculatur geworden, oder würde es bald werden, wenn es nicht durch das Provinzialrecht, durch eingerückte Präjudizien aufrecht ge-

Nur eine durchgreifende Alternative war möglich, entweder Römisches oder Deutsches Recht.

Hier scheint man aber kaum den Unterschied zwischen der öffentlichen Hypothek des Römischen und der des Deutschen Rechts gekannt zu haben; wenigstens sprach man es nicht hinlänglich aus, und hielt die Begriffe nicht auseinander. Den oben citirten Schriftstellern über das gemeine Recht, welchen wir den freilich späteren Gesterding noch hinzufügen wollen, war dieß im Ganzen schon weit besser gelungen.

Als mit dem so genannten Sachsenrechte in den meisten Provinzen auch die Deutsche Form der Uebertragung dinglicher Rechte untergegangen war, so sollte die l. 11. C. cit., ohne alle Nebeninstitute, das Landesrecht seyn, und gewiß sie war in der Germanischen Welt ein Hauptmittel, die alten Institute zu verdrängen. —

Allein man reißt sich selten ungestraft von der Vergangenheit los; die abgerissenen Fibern leben fort; sie vibriren hin und her, und wenn man ihnen ihr altes, recht eigentliches Naturrecht nicht wieder giebt, so bringen sie im Kleinen Verwirrung, im Großen Erdbeben hervor, das Hauptprincip der Entwickelung der 3 — 4 letzten Jahrhunderte, ein gehemmter Bildungstrieb!

Es war nicht möglich, den Begriff und die Tendenz der Deutschen öffentlichen Hypothek in den fraglichen Landestheilen durch die l. 11. C. cit. ganz zu verdrängen, weil er im juristischen Gefühle der Nation, namentlich der unteren Classen, lag, die immer wegen der Geschäfte zu Gericht gingen, wenn man ihnen auch sagte, daß es nicht nothwendig sey. —

halten würde, was man auch wohl hie und da zu fühlen scheint. —

Ferner wurde, wie wir oben schon bemerkt haben, die Dienerschaft von einer Provinz in die andere geschoben; über alle sprach das höchste Gericht Recht; die Dienerschaft lernte beide Begriffe durch das Leben und die Geschäfte kennen; es mußten wenigstens unbestimmte Eindrücke von der Oeffentlichkeit der Deutschen Hypothek zurückbleiben, und diese rückwirken.

Auch existirte ja eine Literatur über die Deutsche, so genannte öffentliche gerichtliche, Hypothek, aus den Ländern, in denen sich solche erhalten hatte. — An ihrer Spitze standen Mevius hinsichtlich des Deutschen Rechts, das sich in den Seeprovinzen erhalten hatte, und Carpzow hinsichtlich der Länder des neueren Sächsischen Rechts, Dictatoren ihrer Zeit, welche auch noch jetzt nicht haben verdrängt werden können, und ihre meisten Nachfolger noch immer überbieten. —

Welchen großen Einfluß jene beiden großen Geschäftsleute auf den Begriff der öffentlichen so genannten gerichtlichen Hypothek gehabt haben, dieß ergeben die oben angeführten Dissertationen, welche fast ganz auf ihre Auctorität gebauet sind, wenn gleich der Einfluß des Röm. Rechts darauf schon verspürbar ist.

Diese Dissertationen wurden aber wieder von den Hannöverschen Geschäftsleuten benutzt und man ging auch wenigstens auf Mevius zurück, wie der obige Actenextract ergiebt. —

Also auch kein Wunder, daß der Begriff der Deutschen so genannten öffentlichen gerichtlichen Hypothek sich geltend machte, wie wir gesehen haben, da man ja auch in geistiger Hinsicht dasjenige wieder von sich geben muß, was man eingenommen hat.

Man war dabey wenig vorsichtig, der Sache auf die Wurzel zu sehen, um sogleich zu bemerken, daß in Sachsen und an der Ostsee ein ganz anderes Institut sich erhalten hatte, als an der Weser und an der Leine; man hielt die Institute nicht auseinander; daher das beständige Schwanken zwischen beiden, die gewöhnliche Erscheinung in der Deutschen Praxis, die, ohne gehörigen Schlußstein, es versucht hat, zwei geistig sehr verschiedene Rechte in eins zu verschmelzen.

Das Resultat der daraus erwachsenden Doctrin war dieses, daß der Begriff der Oeffentlichkeit im Sinne des Röm. Rechts durch ein Fragment der Oeffentlichkeit im Sinne des Deutschen Rechts verfälscht wurde, indem alles darauf hinauslief, nicht ob die Hypothek im Sinne des Röm. Rechts wirklich eine öffentliche sey, mit Ausnahme der eigentlich gerichtlichen, sondern ob der Schuldner, wenn gleich keine öffentliche Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts vorhanden, wenigstens gesetzlich nicht nothwendig war, dennoch eine solche habe errichten wollen.

Hieraus ergab sich in sehr vielen Fällen wieder als Resultat die geistige Unmöglichkeit, daß die Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts nicht errichtet wurde, und dennoch die Absicht vorhanden, und diese so gut seyn sollte, als wenn die Hypothek wirklich im Sinne des Deutschen Rechts öffentlich errichtet wäre. Welche wunderlichen Widersprüche!

Die Römische öffentliche Hypothek wurde in ihrer Reinheit ganz verdrängt, den Fall, wenn sie im Wesentlichen mit der Deutschen zusammenfiel, nämlich wenn wirklich die Constitution im Gerichte geschah, ausgenommen, und auch dann blieb es, nach der Ansicht mancher Geschäftsleute, zweifelhaft,

ob nicht die Constitution und Confirmation in vim hypothecae publicae geschehen müsse. So spukte die unterdrückte Deutsche Form fort, und machte sich mehr oder weniger geltend.

Wenn aber einmal die naturgemäße Form eines Geschäfts gesprengt ist, so geht die Magnetnadel hin und her, und kann den Pol nicht wieder finden; den Pferden ist der Zügel gelassen; dieß verspürend durchkreuzen sie das Feld nach allen Richtungen. — Ein Meer, von conträren Winden durchstrichen, wo bald der eine, bald der andere obsiegt! Und in aller dieser Verwirrung war doch ein Grundton unverkennbar: das Recht strebte instinctmäßig zu einem Zustande zurück, welcher, wahrscheinlich causa cognita, aufgehoben war, nämlich zur wirklichen Oeffentlichkeit und Constitution in foro rei sitae, ja selbst zur causae cognitio!

Dieß Streben machte sich aber auch schon vor der Publicirung der Werke von Pufendorf und Strube durch die Legislation indirecte geltend, wie die oben excerpirten Verordnungen erweisen, welche alle nichts als eine unvollständige, corrupte Auflassung vel quasi enthalten. —

Nach der Absicht fast aller jener Verordnungen, welche die l. 11. C. cit. als alleiniges, bereits völlig etablirtes Landesrecht vorfanden, sollte die Röm. öffentliche Hypothek, neben ihnen bestehen, und sie führten dennoch, wenn gleich aus anderen politischen Gründen, und vielleicht unbewußt, indirecte einen Theil der Deutschen Hypothek wieder ein, und die Calenbergsche Verordnung von 1739 hatte des guten Credits kein Hehl!

Hierdurch wurde die Verwirrung nur noch größer, indem man eines Theils an dem Röm. Rechte nicht festhielt, und die neuen Accessorien bloß als eine dasselbe

absorbirende Zugabe nicht betrachtete, anderen Theils aber diese Zugabe auch nicht für genügend hielt zur gerichtlichen Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts, zufolge der Grundsätze der Schriftsteller, welche darüber geschrieben hatten, und endlich doch nicht vermochte, die eigentliche öffentliche Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts wieder einzuführen!

Man bildete neben dem Römischen Rechte, neben dem Deutschen Rechte, neben jenen Constitutionen eine ganz eigenthümliche Theorie von der Oeffentlichkeit der Hypothek, welche zu keiner Rechtsquelle paßte.

Nur den Geschäftsleuten der Herzogthümer Bremen und Verden, welche am meisten dem Einflusse der Deutschen Hypothek, von Hamburg und Holstein, auch gewissermaßen von Oldenburg und der Stadt Bremen, ausgesetzt waren, riß der Geduldsfaden; sie kehrten zur Deutschen Hypothek, wenn gleich auf eine etwas grobe und nicht vollständige Weise zurück, und ihr Andenken sey gesegnet, daß sie zuerst ein solches, wenn gleich nicht tadelloses Beyspiel gaben.

So kam man zu einem wunderbaren Zustande, wo eines Theils die l. 11. C. cit. Landesrecht seyn sollte, anderen Theils zu einer gerichtlichen Hypothek mehr gefordert wurde, als in den Ländern, wo solche respective conservirt und wieder hergestellt war. —

So fordern die Constit. Elect. P. II, 23. und die neue Sächsische Proceßordnung von 1724 Tit. 44. weiter nichts als respective die Confirmation und den Consens des judex rei sitae, und bey Lehngütern des Lehnsherrn, und die Hessischen Constitutionen respective vom 9. Januar 1732 und 29. März 1755, welche die Grundlage des ganzen späteren Hessischen Hypothekenwesens enthalten, lassen die Wahl zwischen der gerichtlichen Constitution und Con=

firmation. Dieß sollte aber in Zellerfeld, wo nur die l. 11. C. cit. galt, bey weitem nicht genügen!

Es lag nun den Geschäftsleuten die Nothwendigkeit vor, die oben angeführten Constitutionen in das Hypothekensystem zu verweben; man konnte sie an das Röm. Recht, als eine Art von Flötzgebirge, sich ansetzen lassen, oder darin ein tale quale surrogatum der Deutschen Hypothek erblicken; man that beides nicht; man betrachtete sie, ungeachtet des in der einen wenigstens in Bezug genommenen guten Credits, als ein Nichts hinsichtlich der Oeffentlichkeit der Hypothek, und dieß war gerade der einzige verderbliche Weg, den man einschlagen konnte, den man einschlug, und dem man 70—80 Jahre ganz ruhig zusah. —

So kam man zu folgendem Systeme:

1) Es ist keine Constitution in foro rei sitae nothwendig, denn das Gegentheil war nur ein Einfall einiger Schriftsteller, der niemals in den Geschäften durchdrang, wo sich nicht die eigentliche Deutsche Hypothek erhalten hatte;

2) die Confirmation, Anmeldung ꝛc. hat nicht den Effect der Constitution in foro rei sitae;

3) an zwei Drittheilen, vielleicht drei Viertheilen alles Grundeigenthums im Lüneburgschen, Calenbergschen, Göttingenschen und Grubenhagenschen kann gültiger Weise keine Hypothek erworben werden, als durch Confirmation oder Anmeldung; diese geben aber dennoch den Charakter der Oeffentlichkeit nicht, sondern es muß dazu und zu den Erfordernissen des Römischen Rechts noch ein guter Zusatz an Worten und Formen kommen. —

Wie viele Unglückliche mögen durch das Ineinandergreifen jener drei Grundsätze hinsichtlich ihres Geldbeutels

zerrissen seyn, denn wer vermochte zu unterscheiden, daß noch ein Unterschied sey zwischen Anmeldung und Confirmation auf der einen Seite, und Publicität auf der andern, wo gar keine gerichtliche Constitution nothwendig war! Wer vermochte selbst als Geschäftsmann sich nur zu orientiren, wenn er nicht bis über die Zähne in den Hannöverschen Praktikern sich so eben verschanzt, daraus einen förmlichen Actenextract gemacht, und diesen als ein hypothekarisches Evangelium beständig neben sich liegen hatte! —

Ferner, da man an den Sachen keinen Anhalt mehr fand und finden wollte, was war natürlicher, als daß man zu ihren gewöhnlichen Substituten, den Worten, griff, hierbey uneingedenk des dicti probantis von Friedrich dem Großen, welches er einem durch eine große Indische Erbschaft reich gewordenen Schulmeister Namens Ziege gegeben haben soll, als dieser den Amtmann Ochs vom Giebichenstein verdrängen wollte: „So lange die Ochsen noch ziehen, spanne ich keine Ziegen vor!" *).

Eine Notariats- und Zeugen-Hypothek sollte nicht ferner eine öffentliche seyn; es mußte das Wörtlein, qua de re agitur, daß es eine öffentliche seyn solle, hinzukommen; später fiel man davon wieder ab; oder es mußte eine confirmatio in vim hypothecae publicae

*) Wir haben als Oekonom gegen das obige dictum probans nichts; man muß aber dabey bedenken, daß Friedrichs des Großen Ansicht argumento a contrario auch diese war, daß, wenn die Ochsen nicht mehr ziehen wollten oder könnten, er alsdann die Ziegen vorspannen würde, und in wie manchen Ochsenstall ist seit der Zeit die Klauenseuche gekommen, daß der Pflug so gut als stille stand; man denke nur an die ungeheure Klauenseuche von 1814!

nachfolgen, oder beides zusammen vorhanden seyn. Eben so bey der gerichtlichen Confirmation, bey der Anmeldung und der Agnition, und zwar bey der letzteren auch nach den transitorischen Verordnungen. Alles dieß war ja auch keine öffentliche Hypothek im strengsten Sinne des Deutschen Rechts.

Das Wörtlein „öffentlich" sollte also bey diesen letzteren Arten von Geschäften die Stelle des öffentlichen Actes des Deutschen Rechts vertreten, die im Blute zu stecken schien, und wovon man doch wenigstens in einem Adjectivo die Erinnerung erhalten wollte.

Man hätte sich dieß System sehr gut gefallen lassen können, wenn man die Deutsche Art der Hypothek in der strengsten Form hätte aufrecht erhalten wollen; allein wie konnte dieß System auf die Notariats- und gleichsam öffentlichen Hypotheken, welche doch offenbar Römischen Ursprunges waren, angewandt werden, da die l. 11. C. cit. weder ein solches Wortspiel noch einen solchen animus auswies?

Selten werden Worte aber nur da gebraucht, wo sie nothwendig sind, man glaubt derselben nicht genug machen zu können. Ein großer Theil der öffentlichen Hypotheken wurde vor Gericht und in der Regel coram judice competente bestellt; der Bauer hatte diesen Zug theils aus alter Gewohnheit, theils weil er ja doch offenbaren mußte, was er in seinem Kopfe rc. habe. Nun sollte man doch geglaubt haben, daß jene Form des Deutschen Rechts genügt habe. Die bisherige Landespraxis nahm dieß freilich an, und der Herr Geheime Legat.-Rath Eichhorn hat sie durch seine große Auctorität noch befestigt; die Geschäfte gingen aber dessen ungeachtet weiter; man constituirte in vim hypothecae publicae, man confirmirte auf gleiche Weise, und wo dieß nicht geschah, da hielt man es für

bedenklich, ob auch wirklich eine öffentliche Hypothek vorhanden sey. Mehr als eine dergleichen Obligationen sah man zur Emendation zurückwandern.

Ja auch dieß hielt man noch nicht für sicher; das Wort „gerichtlich" war zu allen Zeiten ein bedeutungs- und verhängnißvolles Wort; hinsichtlich der Hypotheken bedeutete es eigentlich die Deutschrechtliche Hypothek, man glaubte auch dieß gebrauchen zu müssen; man wünschte es, weil man das Wort als eine Art „Teufe" in den Büchern und Geschäften spuken sah, das niemand recht erkannte, aber, wie die Gespenster, um so mehr fürchtete. Constitutio et confirmatio geschahen in vim oder ad effectum hypoth. pub. et judicialis. War beides vorhanden, so glaubte man sich, quoad formam, in salvo! Nur noch ein Schritt war übrig; nämlich auch die Notariatshypotheken nicht nur in vim hypoth. publicae, sondern auch judicialis constituiren und confirmiren zu lassen, was denn die Krone gewesen wäre!

Kurz, man kam dahin, daß man nicht mehr die Qualität des Acts, sondern die Absicht des Schuldners über den Charakter des Geschäfts entscheiden ließ, also den Bock zum Gärtner bestellte.

Wie höchst naiv sind darüber die Eingeständnisse des Herrn v. Ramdohr (S. 147 u. 154 oben); wie so höchst treffend seine Unterscheidung zwischen einer milderen und strengeren Meinung in Sachen, wo es nur eine scharfe Grenze giebt, geben darf und geben kann; wo es nicht auf juristische Conjectur, auf Beweis, auf aequitas etc., sondern auf die Form ankommt, und wie harmonisch und tröstlich klingt es (S. 159 oben): „daß mit den obigen Grundsätzen, die, so lange die bisherige Verfassung dauert, sehr strenge zu seyn scheinen, zwei neuere

Erkenntnisse streiten." Diesen fügt denn Hagemann (S. 133 ff. oben) noch ein Drittes hinzu von 1817, daß das Wort „öffentlich" bey den Notariats- und gleichsam öffentlichen Hypotheken gar nicht nothwendig sey.

Kamen solche Obligationen bey oder nach deren Constituirung zur Sprache, so wurden Aller Ohren bey diesem Passus gespitzt; es war, als ob das nach Deutscher Weise noch nicht gesprengte, aber endlich nach Jahrhundert langen Deliberationen gesprengt werden sollende Bingerloch, oder die Scylla und Charybdis passirt werden sollten. Alle waren aufmerksam und höchst besorgt, daß der Gläubiger Schiffbruch leiden möchte, und das Unglück war, daß Wenige genau wußten, wo eigentlich die Felsen und Riffe lägen, und wie tief das Fahrwasser an den verschiedenen Stellen, z. B. bey dem famösen Mäusethurme, sey, und wenn die Passage auch schon längst glücklich vollendet war, fürchtete man doch noch, daß Gefahr drohe. Die vorsichtigsten Steuermänner schlugen immer den engen Canal des tiefsten Fahrwassers am rechten Ufer ein, wodurch die anderen aber immer nur noch ängstlicher wurden.

So übel waren diejenigen daran, welche die Instrumente aufnahmen; wie übel diejenigen daran waren, welche mit den Instrumenten in einen Concurs geriethen, davon giebt der Actenextract nur einen geringen Nachklang. Wir wollen in dieser Hinsicht nur die eine Frage aufwerfen, wie vielen Notariats- oder Zeugen-Hypotheken, welche nicht das Wort „öffentlich" auf eine oder die andere Weise im Schilde führten, wurde bey dieser oder jener Justizcanzley die Kraft der Oeffentlichkeit abgesprochen, nur in einem Zeitraume von 10 Jahren? Die Registraturen werden darüber Auskunft geben, und doch gehen die neuesten höchsten Präjudizien in dem Actenextracte dahin, daß das Wort nicht nothwendig sey! —

Das Allerschrecklichste kann aber dabey vielleicht dieses gewesen seyn, daß wol nur Wenige sich der leitenden Grundprincipien bewußt waren, und es überall an einem sicheren Anhalte und an einem Zurückgehen auf die Wurzel dieser Controversen fehlte, mithin alles im Grunde Zufall war.

Wie oft mögen die gelindere und die strengere Ansicht das Hypothekenschifflein auf dem grünen Tische hin und her geworfen haben, und wie oft wird es dieß gefährliche Meer conträrer Winde noch zu befahren haben? Oft war die Entscheidung bloßer Zufall, je nachdem der Advocat oder der Richter die einschlagenden Controversen kannte.

Daß der Geschäftszustand wo möglich noch schlimmer war, als der Actenextract ergiebt, das weiß jeder, welcher das Verhältniß einer juristischen Provinzialliteratur zu den Geschäften in der betreffenden Provinz jemals fixirt hat.

Wenn gleich auf der einen Seite die praktischen juristischen Schriften eines Landes im Ganzen wol als die Repräsentanten der in demselben vorhandenen Geschäftskraft und der Lage der Geschäfte angesehen werden können; so sind sie jedoch auf der anderen Seite in der Regel mehr der Kopf als der Schwanz des juristischen Kometen. Nach ihnen bildet sich jeder Geschäftsmann; er nimmt nicht allein ihre Schwächen an, sondern thut von den seinigen wol noch einige hinzu; oder er versteht sie nur halb.

Wir glauben deshalb nicht zu viel zu sagen, wenn wir versichern, daß die in dem obigen Actenextracte ersichtliche Verwirrung eine geringe im Verhältniß zu derjenigen gewesen sey, welche bey der größeren Anzahl von Geschäftsmännern herrschte, welche nicht die Prätension hatten, ein Pufendorf, Strube oder Hagemann zu seyn, oder gar diese Dreieinigkeit in sich zu vereinigen. Sie bauten auf die

Auctorität jener großen Juristen, welche ihre Steuermänner waren, und wenn schon jene in dieser Materie keinen festen Anhalt gehabt zu haben scheinen, so fehlte es diesen noch mehr daran, ganz wie bey dem Winkel der wilden Gänse, wenn diese den Endpol des Führers verloren haben. Woher sollten sie auch, um nur von dem Geringsten zu reden, die literarischen Hülfsmittel hernehmen, welche den Schriftstellern zu Gebote gestanden hatten? Der Geschäftsmann ist froh, wenn er die vaterländischen Heiligen besitzt, und einigermaßen mit ihnen gut steht!

Am traurigsten ist uns aber immer die schon oben angedeutete Betrachtung gewesen, wie die recht vorsichtigen Geschäftsleute die Hauptursache des Wachsens der fraglichen Uebelstände waren; wir meinen diejenigen, welche sich die inquisitoria scrupulositas, obgleich vom Corpus juris reprobirt, in Geschäften zur andern Natur gemacht hatten. Wir gehören leider selbst dazu. Sie suchten wahrscheinlich den Grundsatz des Dichters:

Omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci!

in dem Sinne zu realisiren, daß sie die alleräußersten Cautelen, an welche Stryck niemals gedacht hatte, befolgen müßten. Dadurch machten sie freilich die von ihnen aufgenommenen Schuldinstrumente recht eigentlich bombenfest, indirecte verleiteten sie aber viele Schwache zu dem Wahne, daß, wo jene Cautelen nicht sämmtlich beobachtet seyen, es bedenklich stehe, und so rückte die Lawine immer vorwärts. Letztere wurden an sich selbst irre, wie die nach Rom wegen schwerer Sünden Wallfahrenden, welche drei Schritte vorwärts und zwei dann wieder zurück gehen sollten, und oft schon auf der ersten Station in die schrecklichsten Gewissensscrupel zu fallen pflegten, ob sie denn auch immer die zwei Schritte zurück gemacht hätten. So

fragte man sich auch hier mitten in einer wahren Wagenburg von Cautelen, ob man auch hinlänglich sicher sey?

Wem fällt hier nicht der süß schlummernde Engel des in seiner Art unübertroffenen und Gottlob, mit Lichtenbergs Erklärung, noch nicht vergessenen Hogarth ein; mit umklammernden Händen hält er zwei Beine des dreifüßigen Schemels, auf welchem der gar nicht besonders idealisch, sondern rabbinisch gezeichnete Paulus vor Felix gesticulirend predigt; gelingt es aber dem kleinen Teufel das dritte Bein abzusägen, woran er mit satanisch ingrimmiger Thätigkeit arbeitet, den Erfolg schon im voraus genießend, so fällt der gute Apostel wegen des Anziehens des Engels an den beiden anderen Beinen gewiß um so schmählicher, und wird wahrscheinlich sobald nicht wieder in den Context kommen. —

Ein Theil dieser Verwirrung war freilich nicht ausschließlich Hannöversches Eigenthum, sondern wol, wie bey vielen anderen Leiden, ein Gesammtgut aller Deutschen Territorien, oder, wenn man lieber will, Staaten, wo der Kampf zwischen der Römischen und der Deutschen Hypothek noch nicht geschlichtet, und durch kein judicium finium regundorum entschieden war.

Dieß ergeben die oben citirten Abhandlungen, in denen die Grenzlinie auch nicht immer scharf gehalten wurde, und der §. 187. der Einleitung in das deutsche Privatrecht von dem großen Kenner der Deutschen Verhältnisse, der doch wol wußte, was eine öffentliche Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts sey. Und worauf läuft, abgesehen von den im competenten Gerichte bestellten Hypotheken, am Ende das Resultat hinaus? Daß bey außergerichtlich bestellten Hypotheken, und namentlich bey den gerichtlich confirmirten, die Absicht

der Partheien berücksichtigt werden, und daß diese über die Wirkung vornehmlich entscheiden müsse *). Also das Unbegrenzte und Formlose.

So wie man aber von dem Grundsatze abläßt, daß zu einer öffentlichen Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts die wirkliche gerichtliche Bestellung gehöre, und nicht zu gleicher Zeit ein gelinderes Surrogat ausdrücklich durch Gesetze substituirt; so ist sogleich der Willkühr Thür und Thor geöffnet, und jene fürchterlichen Fragen, ob die Confirmation, die Agnition, die Anmeldung rc. gleiche Rechte geben, steigen, wie böse Geister, aus dem Boden herauf, und alles reducirt sich am Ende auf den animus, d. h. die bloße Willkühr und den scheußlichsten Mißbrauch der drei Finger, und dieser kann nicht einmal des Meineides überführt werden, weil bloß über das Unsichtbare geschworen wird!

Man denke, welch' ein Riesenschritt es ist, von der Form der Auflassung und der eigentlichen gerichtlichen Hypothek zu dem Resultate, daß es auf den animus ankommen soll. Eine Nation, die solche Riesenschritte aus der Form in das Formlose machen konnte, die muß wunderbare geistige Entwickelungen gehabt haben und noch erwarten **). —

*) So verstehen wir wenigstens die Note d) zu dem fraglichen §. 187. der ersten und §. 189. der dritten Ausgabe.
Indeß ist wahrscheinlich hier zu großes Gewicht auf die Hannöversche Praxis gelegt. —

**) Uebrigens behauptet Leyser in der angeführten Stelle Spec. 229. med. 2., nur, daß der Gläubiger nicht einseitig eine Hypothek gewinnen und sich inscribiren lassen könne, keinesweges aber, daß er eine bereits erworbene Hypothek nicht einseitig anmelden könne, was wir auch bey

Wir glauben aber zweierlei den Hannöverschen Geschäften als Eigenthümlichkeiten vindiciren zu müssen, 1) daß die aus irgend einem Grunde gesetzlich vorgeschriebene Confirmation, Anmeldung, Offenbarung, Verlautbarung nicht die Kraft der Oeffentlichkeit geben solle, wenn keine Deutsche Hypothek vorgeschrieben ist; 2) das Spiel mit Worten.

Beides haben wir nirgends, am wenigsten vereint in einem Territorio gefunden, und etwas Praxis und zwei Augen haben wir ja doch auch. So eben geht uns noch eine Braunschweigsche Obligation durch die Hände; sie ist simpliciter constituirt und confirmirt, ohne allen Schnörkel. —

§. 41.

Rom gab der Statue des Janus ein Doppelgesicht, nicht ohne Bedeutung; wir wollen nicht sagen, daß die Vorsehung die Concipienten von Gesetzen und die Landesdeputirten besonders liebenswürdig gemacht haben würde, wenn sie ihnen eine gleiche Ausstattung ertheilt hätte; ihres

bloßen Privathypotheken, vor ihrer Recognition, nicht annehmen, und dann wird auch Mevius ad Jus Lub. P. III. tit. IV. art. 1. № 36. von Leyser citirt.

Wir führen das Obige bloß in der Absicht an, damit die Hannöversche Praxis von hier keine so sehr bedeutende Auctorität für sich entnehmen könne, weil jene bloß auf die l. 11. C. cit. fortbauen wollte oder sollte, und in der aus Eichhorn angezogenen Stelle von der Deutschrechtlichen Hypothek die Rede ist. Mit Recht spricht dieser der agnoscirten, angemeldeten und bloß confirmirten Hypothek den Charakter der Oeffentlichkeit nach Deutschem Rechte ab; ein ganz anderer Standpunkt war aber der Hannöverschen Praxis angewiesen. —

Berufes eingedenk, sollten sie indeß jenes Symbol, wenn nicht in ihren Versammlungen aufstellen, doch bey der Discussion von Gesetzen beständig im Sinne gegenwärtig haben, vorzüglich in den nächsten verhängnißvollen Jahren. — Kurz, wer Gesetze schreibt, sollte Rechtshistoriker und Seher der Zukunft zugleich seyn; er sollte die Vergangenheit übersehen, nicht aber bloß etwa bis zur Arche Noäh oder den 12 Tafeln, sondern deren ganze Kette bis zu der eben dahin geschwundenen Secunde; die Gegenwart wird bald zur Vergangenheit, und je näher diese uns ist, desto mehr Wichtigkeit hat sie für uns.

Die Vergangenheit allein schließt die Zukunft auf, und je vollständiger man die historische Entwickelung der ersteren besitzt, desto sicherer blickt man in die zweite. Dem Blicke des Gesetzgebers sollte die Zukunft nur eine sichere Fortsetzung der Vergangenheit seyn. —

Ferner wollen ja die Vibrationen der Vergangenheit in die Gegenwart hinein gesetzlich regulirt werden, namentlich in den Zeiten großer politischer Umwälzungen, welche wir, gegen Zahlung der Gebühr, erleben sollten.

Ohne etwas von jenem geistigen Doppelgesichte des heidnischen Gottes zu besitzen, wird man immer ein schwacher Gesetzgeber seyn, und an den legislativen Producten der früheren Hallischen und später der Landshuter juristischen Schule hat es sich schon jetzt gerächt, daß sie die Kenntniß der Vergangenheit so sehr gering achteten. Die Werke der ersteren liegen bereits in Trümmern, und vergeblich wird der Versuch seyn, sie wieder aufzurichten.

Mit Vor- und Rückblick ergiebt sich alsdann auch die legislative Prognose und Diagnose von selbst, und in der Regel würde die Vergangenheit, wenn wir sie vollständig kennten, uns auch die Recepte für den gerade vorliegenden

Fall aufweisen können, da schon ein alter Weiser sagt, daß nichts Neues unter der Sonne geschieht.

Die materia peccans hinsichtlich des Hannöverschen Begriffes der öffentlichen Hypothek haben wir oben dem geneigten Leser mehr als genügend vorgelegt.

Stellen wir nun die legislative Prognose und Diagnose an, so waren nach des Concipienten Ansicht zwei Punkte als der Heilung besonders bedürftig sehr deutlich indicirt, die Ungewißheit des fori hinsichtlich der Bestellung der conventionellen öffentlichen Hypotheken, soweit diese von den Gerichten aufgenommen werden, und die vis hypothecae publicae. Von allen anderen abstrahiren wir hier wenigstens nach dem Zwecke dieser Ausführung.

Den ersteren Punkt anlangend war ja Strube (Bedenken 267.) (S. 92 ff. oben) mit Hagemann (Erörterungen II. 43. IV. 59.) (S. 108 ff. oben) nicht einverstanden, ob die Bestellung der öffentlichen Hypotheken zur jurisd. volunt. mera oder mixta gehöre, und Pufendorf war mit sich selbst im Streite (Animadv. §. 98. und De Jurisd. Germ. P. I. cap. IV. §. 65 seqq.) (S. 86 ff. oben).

Dem Königl. O. A. Gerichte war diese Controverse auch nicht entgangen; es trug auf deren Entscheidung in seinem oben erwähnten Gutachten von 1782 an, und war der Ansicht, daß es rathsam sey, die Bestellung aller gerichtlichen Hypotheken respective an das forum rei sitae und domicilii zu verweisen *).

Wie stellte sich nun, fragen wir, die neue Hannöversche Hypothekenlegislation in der Verordnung vom 13. Juni 1828 zu jener Controverse? Sie führte ja das Gesetz der Inscription als künftig regulirendes Princip der

*) Ergänzungshefte z. Jurist. Zeitung № II. 1830. pag. 52 seqq.

Priorität im Concurse ein, und baute den Begriff der Ingrossationsfähigkeit der Hypothek auf den Begriff der öffentlichen Hypothek! Sie mußte also wenigstens jetzt nothwendig jene fast unsterbliche Controverse endlich entscheiden, zumal sie solche bey der oben analysirten Verordnung vom 29. Octbr. 1822 schon einmal übersehen hatte.

1) Pro praeterito! In dieser Hinsicht berührte die Verordnung vom 13. Juni 1828 jene Controverse gar nicht; es war auch, wie der Entwurf jener Verordnung ausweiset, gar nicht ihre Absicht, sie in jener Beziehung zu berühren. Sie mußte hier aber theils ein sicheres Fundament für die Ingrossation der bereits vorhandenen gerichtlichen Hypotheken legen, theils, auch davon abgesehen, den Charakter der übrigen gerichtlichen Hypotheken, welche, ohne ingrossirt zu seyn, in den Concurs geriethen, hinlänglich feststellen, und durch beides den Credit der Vergangenheit sichern.

Und wie leicht wäre dieß hinsichtlich jener Controverse gewesen! Die l. 11. C. cit. war allgemeines Landesgesetz; diese stellte es ganz in das Belieben der Interessenten, wo sie die Hypothek constituiren wollten, und es wurde, neben der l. 11. C. cit., nur durch einige Statuten die Confirmation oder eine Art Verlautbarung in einem bestimmten Foro gefordert, was jene freie Wahl hinsichtlich der Constitution aber gar nicht beschränkte. Außerdem war noch nach einigen Provinzialstatuten die Constitution in foro rei sitae, abgesehen von der ehemals Bremen-Verdischen Controverse hinsichtlich der Canzleysässigen, vorgeschrieben.

Ferner hatte ja die oben (S. 226 ff.) analysirte declaratorische Verordnung vom 29. Oct. 1822 die Grenzen zwischen

der so genannten jurisdictio voluntaria mixta und mera, jene im §. 1., diese im §. 2. zu ziehen gesucht, und zu dieser letzteren Art der Jurisdiction gehörte ja nach dem Obigen in der Regel die Bestellung der Hypothek.

Es brauchte also in der Verordnung vom 13. Juni 1828, welche ja so vieles declariren wollte, auch dieses nur declarirt zu werden:

„Daß die Bestellung der gerichtlichen Hypotheken zu den im §. 2. der declaratorischen Verordnung vom 29. Oct. 1822, die Competenz der Gerichte rc. betreffend, bezeichneten Handlungen der sogenannten reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit (jurisdictio voluntaria mera) *) mit gehöre, und daß mithin jene Verordnung auf die Bestellung der gerichtlichen Hypotheken mit allen ihren betreffenden Vorschriften ausgedehnt seyn solle, jedoch mit Ausnahme derjenigen Landestheile, in welchen die Constitution gerichtlicher Hypotheken durch besondere Statuten an ein bestimmtes Forum gewiesen sey, so wie mit Vorbehalt der durch besondere Statuten vorgeschriebenen Confirmation oder Anmeldung rc. in einem bestimmten Foro der vor einem anderen Gerichte constituirten Hypotheken."

Alles Andere, soweit es das Forum und in sofern den Charakter der Oeffentlichkeit solcher Hypotheken betraf, ergab sich bey diesem Einschub durch die fragliche Verordnung vom 29. Octbr. 1822 von selbst, da sowol diese Verordnung als der Einschub declaratorischer Natur war, mithin auch pro praeterito wirkte. Dadurch wurden alle Zweifel sowol bey dem Hypothekenbewahrer als bey dem Concursrichter über das Forum und in sofern

*) Wir gebrauchen diese Terminologie bloß, weil sie schon in jener Verordnung ihrem Wesen nach enthalten ist.

über den Charakter der betreffenden, vor der Verordnung vom 13. Juni 1828 aufgenommenen, gerichtlichen Hypotheken beseitigt, und es konnte kein gefährlicher Conflict der allgemeinen Landesverordnung mit den Provinzialstatuten eintreten.

2) Wie stellte sich diese Verordnung hinsichtlich jener Controverse pro futuro?

Bey unverletzt bleibender Einrichtung der bisherigen Behörden und bey der Lage der Geschäfte im Lande konnte sie drei Hauptwege einschlagen, jene Controverse zu schlichten:

a) Sie konnte diejenigen Statuten sprengen, welche, ausnahmsweise, die Bestellung der gerichtlichen Hypothek an ein bestimmtes Forum verweisen, und das Recht in dieser Hinsicht uniformiren, indem sie vorschrieb, daß für die Zukunft die Bestellung der gerichtlichen Hypotheken an kein bestimmtes Forum gebunden seyn solle, kurz sie konnte die Regel absolut machen, und die bisherigen Ausnahmen streichen.

Diesen Weg, welchen mehrere Legislationen eingeschlagen haben, halten wir für bedenklich.

b) Sie konnte die bisherigen Ausnahmen zur Regel erheben, und in soweit die l. 11. C. cit. aufheben, und das ältere Deutsche Recht in dieser Hinsicht in soweit wiederherstellen, daß schon die Bestellung der Hypothek immer an ein bestimmtes Forum gewiesen wäre.

Dieser Ansicht würden wir, ungeachtet des abweichenden Vorschlages der Ständeversammlung, gewesen seyn, und das Forum der Bestellung der Hypothek mit dem Foro der Inscription aus gar vielen Gründen combinirt haben, vorzüglich wenn nicht ein zwiefaches Forum hinsichtlich der Inscription (rei sitae u. domicilii) eingeführt wäre. —

Diese Ansicht wird sich demnächst noch leichter ausführen lassen, als bis jetzt, wenn erst das forum privilegiatum hinsichtlich der Realitäten aufgehoben ist, wozu uns der Entwurf der neuen Verfassung Hoffnung gemacht hat. Alsdann wird eine von den vielen gefährlichen Klippen des Credits beseitigt seyn.

Die weitere Ausführung, namentlich, ob forum rei sitae oder domicilii, oder ob beide? gehört nicht in dieses Heft.

c) Die Verordnung konnte es in der obigen Hinsicht bey dem bisherigen allgemeinen Landesrechte und den besonderen Statuten belassen; wo man früher an ein oder an kein bestimmtes Forum gebunden war, da blieb es dabey!

Alsdann bedurfte es keiner weiteren Vorschrift, als welche wir so eben sub 1) S. 260. angegeben haben; sie traf die Zukunft so gut als die Vergangenheit!

Jenen Weg, die Dinge ganz in statu quo zu lassen, schlug die Verordnung ein, wie wir wenigstens annehmen; sie ließ also die ganze Buntscheckigkeit des bisherigen Zustandes pro futuro stehen; sehen wir nun, auf welche bedenkliche Weise sie dieß, wie man glauben sollte, nicht besonders schwierige, Resultat erreichte!

1) Schon die Ueberschrift der Verordnung besagt, daß sie auch „die Zuständigkeit der Gerichte zu Bestellung der öffentlichen Hypotheken" reguliren wolle.

2) Der Eingang der Verordnung besagt, daß sie die Nachtheile entfernen wolle, „welche daraus entspringen, daß die Bestellung öffentlicher gerichtlicher Hypotheken nicht für jeden Fall an einen gesetzlich bestimmten Richter, als den allein zuständigen, verwiesen sey; auch um die Rechtsungewißheit zu heben, welche bey

den abweichenden Entscheidungen der Gerichte noch immer wegen des letzteren Gegenstandes ꝛc. vorwalte" ꝛc.

Wer hofft hier nicht, daß die fragliche, so charakteristisch als irgend ein juristischer Delinquent signalisirte, Controverse nunmehro ergriffen und im Wege Rechtens peinlich expedirt werden würde?

Allein 3) der §. 1. trübt für den Kenner schon in etwas diese Hoffnung, indem auf einmal, für uns unerwarteter Weise, bestimmt wird, daß vom 1. Octbr. 1828 an keine Hypotheken anders öffentlich bestellt werden können, als durch Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters; und der §. 2. hebt diese Sorgen nicht, indem er vorschreibt, daß, in sofern eine zu bestellende öffentliche Hypothek unbewegliche Sachen ergreifen soll, der judex rei sitae allein competent seyn soll; eben so wenig der §. 3., welcher die öffentliche Verhypothecirung des sonstigen Vermögens an das forum ordinarium personale verweist. — Die übrigen §§. lassen aber jede Täuschung verschwinden; sie sprechen nicht mehr von der Bestellung, sondern von der Eintragung der Hypotheken, und die §§. 6 und 8. stellen sogar die Bestellung und die Eintragung der Hypotheken als verschiedene Dinge sich einander gegenüber. —

Nur der §. 8. giebt wieder einen matten Schimmer von Hoffnung, indem er von Hypotheken spricht, welche vor dem 1. Octbr. 1828 bey einem hinfort nicht zuständigen Richter bestellt sind, und von solchen, welche zwar bey dem zuständigen Richter bestellt, aber nicht eingetragen sind.

Indeß leider ist diese schwache Hoffnung schon durch den §. 6. im voraus coupirt, welcher die Eintragung von

Hypotheken erlaubt, welche vom 1. Octbr. 1828 an vor dem nicht zuständigen Richter bestellt werden. Secundum quid ist er denn eigentlich zuständig und nicht zuständig?

Kurz, nach unendlich vielem und mühsamem Analysiren der Verordnung ist das Resultat dieses, daß auch pro futuro hinsichtlich des Forums der eigentlichen Bestellung der gerichtlichen Hypotheken gar nichts bestimmt ist, sondern nur hinsichtlich der Eintragung der Hypotheken in das Hypothekenbuch.

Jene beiden Begriffe und die Operationen, aus welchen man sie abstrahirt hat, sind aber gar sehr verschieden, und zwar so sehr verschieden, daß wir es für eine reine Unmöglichkeit halten, Wort, Begriff und Sache in eins zu verschmelzen, wenn nicht dem bisherigen juristischen Sprachgebrauche, der ganzen Rechtsgeschichte und den Handlungen der Interessenten und der Behörden Gewalt angethan werden soll. —

Nach Römischem Rechte wird die Bestellung der Hypothek schon durch pactum conventum vollendet; dieß kannte wohl eine Constitution der Hypothek, nicht aber das Gesetz der Inscription als Regulativ der Priorität, selbst nach der l. 11. C. cit. mit ihrem rechtshistorischen Anhange nicht; nach Deutschem Rechte wurden die dinglichen der Hypothek analogen Befugnisse am Grundeigenthume durch Auflassung erworben, und daran schloß sich erst später das Gesetz der Inscription an. Die Constitution der conventionellen Hypothek ist nach beiden Rechten ausschließlich Sache der Interessenten, und hängt immer von deren gegenseitigen Willensoperationen und Aeußerungen ab, wenn gleich die Staatsbehörde dabey, so wie bey vielen anderen Verträgen, unter Umständen zuweilen

mit ihrer Sanction concurriren muß. Bey der Eintragung der Hypothek können und sollen die Interessenten allein oder zusammen gewissermaßen zuweilen auch concurriren; oft ist dieß aber auch gar nicht nothwendig; der Act selbst geschieht immer von der Behörde, ist gar oft nicht einmal erforderlich, und bedingt zuweilen nur den Effect der constituirten Hypothek gegen Dritte, indem ihr sonst, wenn die Eintragung fehlt, in soweit entweder gar keine oder nur beschränkte Rechte beygelegt werden. Alles dieß, wie die besondern Rechte eines Landes es vorschreiben. Die Eintragung kann immer nur erst alsdann geschehen, wenn die Constitution der Hypothek bereits vollendet und das Recht daraus gegen den Schuldner erworben ist. Wir reden natürlich hier nur von wirklichen conventionellen Hypotheken. — Auch wollen wir hier die so sehr controverse Frage nicht erörtern, in wie fern die wirkliche ursprüngliche Erwerbung der Hypothek durch die Inscription erst eintrete, oder ob ihr Effect gegen den Dritten durch jene nur bedingt werde.

Selbst in dem neuen Wirtembergschen Pfandgesetze und in den oben (S. 176 ff.) analysirten Verordnungen des Canzleydistrictes Bremen und Verden, den beiden einzigen uns bekannten hierher gehörigen Statuten, hat man vergebens es versucht, jene beiden discrepanten Begriffe in eins zu verschmelzen, wie wir hinsichtlich des Wirtembergschen Pfandgesetzes demnächst zeigen werden; nach jenen Gesetzen war dieß aber viel leichter möglich als nach der vorliegenden Verordnung, weil sie unbedingt auch die Constitution der öffentlichen Hypothek an das Forum der Inscription gewiesen hatten, das Wirtembergsche Gesetz auch gar keine Privathypothek an Immobilien mehr kennt; wogegen die vorliegende Verordnung jenes nicht thut, und die Privathypothek beybehält. —

Nach dieser Verordnung können Constitution und Eintragung der Hypothek um 10 Jahre und um 100 Meilen auseinander liegen, und solche weit auseinander sitzenden Fliegen kann man nicht mit einer Klappe schlagen, oder es entsteht nur Verwirrung daraus.

Auch rieth schon ein Römischer Geschäftsmann, bey allen Dingen zu fragen: Cui bono?

Nicht alle Geschäftsleute sind über den Sinn der obigen Breviloquenz gleich im Anfange gehörig orientirt gewesen, und sind von juristischen Gewissensscrupeln geplagt, da nicht alle die oben erwähnten Wirtembergschen und Bremischen Verordnungen so wie die Hannöverschen Actenstücke gelesen hatten, und auch einige vielleicht sich in Ungewißheit befanden, wie Bestellung und Inscription der Hypothek sich gegen einander verhielten.

Wir streiten hier natürlich bloß gegen den sprachwidrigen Ausdruck: Bestellung statt Eintragung. —

Das juristische Resultat ist also dieses, daß die Verordnung hinsichtlich der Bestellung der Hypotheken an den bisherigen gemeinen und statutarischen Rechten gar nichts hat ändern, sondern nur dieses hat bestimmen wollen, daß künftig nur den eingetragenen Hypotheken der Charakter und die Kraft der öffentlichen Hypotheken zustehen solle. Es ist also der Begriff der Verhypothecirung in den Begriff der Eintragung offenbar hineingeschoben.

Wollte aber die Legislation an dem bisherigen Rechte hinsichtlich der Constituirung der Hypotheken nichts ändern, so wäre es wol rathsamer gewesen, entweder der Constituirung überall gar nicht zu erwähnen, oder, was wir vorgezogen haben würden, ausdrücklich zu bestimmen, daß es in dieser Hinsicht bey dem bisherigen Rechte sein Be-

wenden behalte, mit Anhängung der oben vorgeschlagenen Declaratoria.

Auf keinen Fall durften aber wol die Ueberschrift, der Eingang und die ersten drei Paragraphen der Verordnung, so wie der §. 8. derselben so gefaßt werden, wie sie jetzt gefaßt sind, weil dadurch bedenkliche Zweifel erregt wurden, welche erst durch eine mühsame Construction der Verordnung und Vergleichung mit den ständischen Actenstücken und mit andern Statuten gehoben werden können.

Vielleicht hätten alsdann jene drei Paragraphen, unter angemessener Abänderung der Ueberschrift und des Einganges der Verordnung, dahin gefaßt werden können:

§. 1. Vom 1. Octbr. d. J. an können keine Hypotheken anders den Charakter und die Kraft öffentlicher Hypotheken gewinnen, als durch Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters.

§. 2. In sofern eine Hypothek unbewegliche Sachen ergreifen soll, ist allein derjenige Richter hinsichtlich der Eintragung zuständig, dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist.

§. 3. Die Eintragung der Hypotheken, welche das sonstige Vermögen des Schuldners ergreifen soll, gehört ausschließlich vor dessen jedesmaligen ordentlichen persönlichen Richter.

Auch mußte der Anfang des §. 8. modificirt werden.

Wenn nur der §. 4. der Verordnung unverändert blieb, so ging bey der obigen Fassung schon hinlänglich hervor, was, außer der Eintragung, auch hinsichtlich der Constituirung einer Hypothek, welche eingetragen, und dadurch zur öffentlichen erhoben werden sollte, nothwendig sey.

Der §. 6. konnte alsdann ganz fehlen, weil schon durch die vorhergehenden §§. hinlänglich ausgedrückt war, daß hinsichtlich der Bestellung der Hypotheken nichts verändert sey; daß die bloße Bestellung irgend einer Art den Charakter der Oeffentlichkeit pro futuro nicht mehr gebe, und daß die Zeit der Eintragung die Priorität künftig allein bestimme.

Wir sagen nicht, daß durch die von uns so eben post festum vorgeschlagene Redaction die Fassung der Verordnung gut und ihr Sinn klar geworden wäre; dieß war bey einem andern großen inneren Widerspruche, welchen wir unten hervorheben werden, ohne gänzliche Umarbeitung der Verordnung, nicht möglich; wir sagen nur, daß nach unserm geringen und modesten Dafürhalten alsdann ein anscheinender Fehler in der Redaction weniger vorhanden gewesen wäre.

Alsdann blieb die Sache hinsichtlich der Bestellung der Hypothek ganz in statu quo; wollte man die obige Controverse hinsichtlich des Fori der Bestellung außerdem noch lösen, so mußte man dieß noch besonders thun; auf welche etwaige Weise, haben wir schon oben gesagt.

Am zweckmäßigsten hätte man wol gethan, wenn man der Verordnung jene Declaratoria vorgehängt hätte, weil das ganze Hypothekengeschäft von der Constitution anhebt, wenn gleich Gottlob nicht das Menschen- und das Staats-Leben, wo in der Regel die guten Zeiten vorerst schon vorüber sind, wenn man darüber viel spricht oder gar in Partheiungen zerfällt. —

In rechtshistorischer Hinsicht würde nun wol das Gesammtresultat des Obigen folgendes seyn:

Wol ein Jahrhundert, vielleicht schon bald nach der Sprengung der Auflassung, war das Forum hinsichtlich der

Bestellung der gerichtlichen Hypotheken controvers; das höchste Landesgericht trug 1782 auf Entscheidung dieser Controverse an; bey der oben analysirten Verordnung vom 29. Octbr. 1822 bot sich dazu eine sehr gute Gelegenheit dar, welche aber nicht benutzt wurde; 1828 sollte der Grundstein zu einem neuen Creditwesen im Lande gelegt, und, wie wir nur annehmen können, diese Controverse nunmehro auch mit entschieden werden; dieß gelang aber so wenig, daß, durch die versuchte Verschmelzung des Begriffes der Bestellung und der Eintragung der Hypothek in einen Begriff, jene Controverse nur noch dunkler, mithin controverser wurde. —

§. 42.

Die Rechtsgeschichte erwähnend, fällt uns ein, daß wir die Geschichte des für jetzt wenigstens hier zu Lande gescheiterten Versuches der Verschmelzung jener beiden eben erwähnten Begriffe noch nicht gegeben haben; schließen wir sie hier inverso ordine naturae, als eine Art Postscript, noch an, und hoffentlich wird das demnächst Folgende beweisen, daß wir hier nicht bloß der lieben Rechtsgeschichte, sondern auch der Geschäfte wegen arbeiten, und daß diese historische Deduction uns demnächst einen Uebergangs- und Anhalts-Punkt bey einer wichtigen praktischen Untersuchung gewähren wird, weshalb wir sie hier auch in das separatum stellen.

Die Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828 ist offenbar unter theilweiser Anschließung respective an die oben (S. 176 ff.) analysirten hypothekarischen Verordnungen der Herzogthümer Bremen und Verden und an den Grundzug des Gutachtens des höchsten Landesgerichts gearbeitet, wie wir

schon oben (S. 206 ff.) angedeutet haben. Auch lag das neue, gewiß gekannte, Wirtembergsche Pfandgesetz seit einigen, die fragliche Controverse aber seit vielen Jahren vor.

Der Gedanke war also nicht ohne Reiz, die fragliche Controverse, wenigstens pro futuro, zu entscheiden, und zu gleicher Zeit, da man das Gesetz der Inscription einführen wollte, die fora constitutionis und inscriptionis zu vereinigen, und selbst die beiden fraglichen Begriffe der Bestellung und der Eintragung der Hypothek, wenn thunlich, in einen zu verschmelzen, eine außerordentliche legislative Sparsamkeit, des Versuches allerdings werth!

Vergleicht man nun unter diesen rechtshistorischen Prämissen den Entwurf der fraglichen Verordnung, welchen wir in der Anlage VII. zum ersten Hefte dieses Werks haben abdrucken lassen, so können wir wenigstens nur der Ansicht seyn, daß die Erreichung aller jener Zwecke allerdings die Absicht des Entwurfs war.

Mochten aber die verehrten Mitglieder der vorigen Ständeversammlung entweder nicht so große hypothekarische Rechtshistoriker seyn, um an der Fortsetzung einer solchen historischen Kette Vergnügen zu finden, oder mochten sie die Ansicht hegen, daß zwei discrepante Begriffe und Operationen sich nicht in eins zusammenschmelzen lassen, — kurz, der obige, von uns supponirte, Plan scheiterte; die Ständeversammlung riß den Begriff der Eintragung von dem der Bestellung wieder los, und stellte beide in separato wieder auf. Dieß konnte ihr auch wol nicht besonders schwer werden, da selbst der Entwurf der Verordnung es mit der Verschmelzung jener beiden Begriffe nicht weiter als bis zum §. 3. incl. gebracht hatte, und schon im §. 4 u. 5. gezwungen gewesen war, jene beiden Begriffe respective neben einander zu stellen und sogar sich einander

zu opponiren, communi fato mit dem Wirtembergschen Pfandgesetze, und in einem etwas analogen Falle auch mit der Baierschen Hypothekenordnung, wie wir demnächst zeigen werden. Daraus war denn auch eine Art clair-obscur schon in den Entwurf selbst gekommen, ob er nur von der Eintragung oder wirklich auch von der Bestellung der Hypotheken sprechen wolle. Dieß wollte wahrscheinlich die Ständeversammlung auch aufhellen. —

Doch rücken wir hier den betreffenden Passus selbst ein aus der Erwiederung der allgemeinen Ständeversammlung, mit welcher sie den Gesetzentwurf nebst den beliebten Amendements zurückschickte, theils als einen urkundlichen Beleg unserer obigen Ansicht, theils weil wir solchen auch unten noch gebrauchen werden.

„Was sodann die einzelnen Bestimmungen des vorgelegten Gesetzentwurfs betrifft, so glauben Stände

1) die Absicht desselben in Ansehung der hinfüro zu bestellenden Hypotheken auf das Requisit der Eintragung in das Hypothekenbuch des competenten Gerichts beschränkt, daß mithin die bisherigen allgemeinen oder particulären Vorschriften über die Arten und Formen der Bestellung von Hypotheken durch dieses Gesetz nicht abgeändert werden sollen; eine Abänderung, die überdem nach dem Zwecke dieses Gesetzes nicht nothwendig und wegen der Beschränkung des Schuldners nicht rathsam scheint. Da indessen die Fassung der §. 1 — 4. des Entwurfs Zweifel über jene Absicht übrig läßt, und daneben eine Bestimmung über den Rang der eingetragenen Hypotheken angemessen seyn dürfte, so tragen Stände darauf an, nach dem §. 3. des Entwurfs einen neuen §. des Inhalts einzuschalten:

„Bevor der Richter irgend eine Hypothek einträgt, muß

er sich überzeugt haben, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu deren Gültigkeit vorhanden sind. Insbesondere muß bey willkührlichen Unterpfändern die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen seyn entweder durch persönliche Erklärung des Schuldners oder durch glaubhafte öffentliche Urkunden.

Der Zeitpunkt des wirklich erfolgten Eintragens bestimmt sodann den Anfang und das Alter der öffentlichen Hypothek."

In Folge des in diesem neuen §. ausgesprochenen Princips wird denn auch im ersten und zweiten a linea des §. 4. des Entwurfs nicht von der „Bestellung und Eintragung" der Generalhypotheken, sondern nur von der „vorschriftsmäßigen Eintragung" derselben die Rede seyn dürfen.

2) Bey der Fassung des §. 5. des Entwurfs, wonach alle künftig vor einem nicht-competenten Richter oder vor Notar und Zeugen oder bloß vor Zeugen bestellten, so wie die zwar bey dem competenten Richter bestellten, aber nicht eingetragenen Hypotheken nur als Privathypotheken betrachtet und geordnet werden sollen, bleibt es zweifelhaft, ob jene Hypotheken überhaupt zur Eintragung geeignet seyen, was nach dem obigen, auf das Requisit der Eintragung beschränkten Gesichtspunkte bejahet werden muß. Um daher jene Zweifel zu beseitigen, wünschen Stände jenem §. folgende Fassung zu substituiren:

„Hypotheken, welche künftig vor einem Richter, vor Notar und Zeugen oder nur vor Zeugen bestellt werden, haben nur die Rechte und den Rang der Privathypotheken, wenn nicht die Eintragung des competenten Richters hinzutritt."

Die vorgeschlagenen Amendements wurden sodann mit bloßen Veränderungen hinsichtlich der Redaction in die Verordnung aufgenommen, namentlich das große, als §. 4.

Auf diese Weise wurde das, was die Franzosen so sehr treffend die Oekonomie des Gesetzes nennen, was aber nicht unserm Deutschen: Sparsamkeit entspricht, über den Haufen geworfen; die Controverse wegen des Fori blieb unerledigt, und die Fora der Bestellung und der Eintragung wurden leider wieder aus einander gerissen.

Es blieben unglücklicher Weise nur die Nachtheile jenes Versuches, als Fragmente der Vergangenheit, in der Verordnung zurück, nämlich im §. 1—3. und im §. 8. die versuchte Verschmelzung der Worte und der Begriffe der Bestellung und der Eintragung der Hypothek, welche nun ganz bedenklich wurde, nachdem die Sachen, die beiden Fora, wieder aus einander gerissen waren. Eben so blieb in der Ueberschrift und in dem Eingange der Verordnung das Versprechen der Beseitigung einer Controverse, welches in der Verordnung nunmehro leider nicht mehr erfüllt werden konnte. —

Unter diesen Umständen wäre es, wie wir schon oben ausgeführt haben, wol nothwendig gewesen, die Verordnung einer ganz neuen, durchgreifenden Redaction zu unterwerfen, entweder bey den löblichen Ständen, oder bey dem hohen Königl. Justizdepartement.

Das obige bedenkliche Resultat hätte sich wol niemals ergeben können, wenn der Gesetzentwurf ganz einfach zuvörderst von der Bestellung und sodann von der Inscription der Hypothek gehandelt hätte.

Alsdann würde es wahrscheinlich auch leichter gewesen seyn, die Ständeversammlung von den Vortheilen der Combination der beiden Fora, der Bestellung und der Eintragung, zu überzeugen.

Auf die oben geschilderte Weise kam aber eine zwiefache Redaction in die Verordnung, die des Königl. Justizdepartements und die der Ständeversammlung; zwei Federn schreiben aber selten in einem Geiste und Sinne, vorzüglich in so höchst controversen Materien, wo man sich kaum einander verstehen kann, und so werden wir uns unglücklicher Weise genöthigt sehen, unten die Frage aufzuwerfen, ob die Oeffentlichkeit der Hypotheken im §. 1—3. der Verordnung dieselbe ist wie im §. 4.?

Vorzüglich gerade wegen dieser bedenklichen Frage haben wir hier die Geschichte der Redaction der fraglichen Verordnung rücksichtlich des erörterten Gegenstandes dem geneigten Leser vorgelegt, soweit wir solche aus der „Erwiederung" haben entnehmen können. — Wie wenig damit aber doch in der Hauptsache ausgerichtet werden kann, wird sich unten zeigen.

Hiermit lassen wir diesen Punkt hinsichtlich des Foi bey der Bestellung gerichtlicher Hypothek, von der künftigen legislativen Ausführung abgesehen, im Wesentlichen fallen.

§. 43.

Kehren wir nun wieder zu der vis hypothecae publicae zurück, das Nachstehende an den §. 40. anschließend.

Will der geneigte Leser jene vis auch anders benennen, z. B. die intentio, den animus hypoth. publicae constituendae, oder den effectus hypothecae publicae, so hat er den obigen Actenextract, und noch mehr die Hannöverschen Obligationen als Auctorität für sich.

Wie stellte sich, fragen wir auch hier, die neue Hannöversche Hypothekenlegislation in der Verordnung vom 13.

Juni 1828 zu jenem controversen juristischen Begriffe, dem wahren Proteus der Hannöverschen Praxis?

Stellen wir aber auch hier um so mehr zuvörderst noch eine genaue Prognose und Diagnose an, weil wir es ja gerade mit einem Proteus zu thun haben, welcher schon policeywidrig mehrere Zunamen führt, da, wenn er uns dieß Mal wieder entschlüpfte, er sich sobald wol nicht von neuem fassen lassen würde!

Man würde sich irren, wenn man glauben wollte, die oben im Actenextracte geschilderte Verwirrung sey allein aus der Vermischung des eigentlichen ursprünglichen Röm. und Deutschen Rechts entstanden. Der wahre perturbator reipublicae hypothecariae war ein neuer Bildungstrieb, der in der Atmosphäre schwebte, und von Pufendorf theils ohne Auctorität, theils auf die von Manzel zuerst in die Hannöversche Praxis eingeführt wurde, nämlich der animus, die intentio des Schuldners, seine Absicht, eine öffentliche Hypothek constituiren zu wollen. Dieser neue Bildungstrieb war es eigentlich, welcher alles über den Haufen warf. Was ist dieser animus aber anders als die formlose clausula intabulandi?

Warum soll die Anmeldung, die Confirmation, die Agnition, die Bestellung der Hypothek vor Notar und Zeugen, oder vor Zeugen nicht genügen; warum wird in vim hypoth. publicae constituirt und confirmirt, warum wird dieß von Manchem selbst bey der gerichtlichen Bestellung in foro rei sitae für nöthig gehalten, als weil die clausula intabulandi in der juristischen Atmosphäre spukt? Warum wird beständig auf Mevius recurrirt, welcher wenigstens von ihrer Materie mit gutem Grunde aus dem Standpunkte des Deutschen Rechts handelt, so wie zum Theil

die oben citirten Dissertationen, wenn sie keine einseitige Ingrossation da erlauben wollen, wo die Deutsche Form rein oder modificirt sich erhalten hat? Nur daraus sind die obigen Erscheinungen im Actenextracte erklärbar, daß die Röm. öffentliche Hypothek so gut als ganz über den Haufen geworfen, und daß sogar die eigentliche Deutsche wackelig gemacht wird. —

Jene Clausel war es eigentlich, der Materie nach, welche immer mehr und mehr um sich griff und sich geltend machen wollte.

Wir haben schon oben in §. 3 u. 20. (S. 15 u. 97 ff. oben) unsere Ansicht, salvo meliori, über den Ursprung und die Entwickelung jener Clausel in Deutschland geäußert.

Mag immerhin rücksichtlich der Einregistrirung in die Gesta oder Acta bey den Behörden des späteren Röm. Kaiserreichs, von welcher man leider so sehr wenig weiß, gleichfalls nicht auf einseitigen Antrag ohne Recognition verfahren seyn; die juristische Vermuthung würde schon bey bloßen Privatinstrumenten dafür streiten; mag sich selbst etwas der eigentlichen clausula intabulandi gewissermaßen Aehnliches in den damaligen Geschäften gefunden haben, welches letztere uns nicht einmal der Fall zu seyn scheint, da die Recognition von Privatinstrumenten gar sehr nach unserer Ansicht von der clausula intabulandi noch verschieden ist *); gewiß ist, daß in den

*) Spangenberg Juris Romani Tabulae negot. etc. pag. 46. Die oben S. 98. zu dem 279sten Bedenken von Strube abgedruckte Note a.

Uns führt die Röm. Rechtsgeschichte nicht weiter, als daß nicht einseitig ein öffentliches Instrument gewonnen werden konnte. Die clausula intabulandi existirt aber bekanntlich oft noch daneben.

bey uns gültigen Röm. Rechtsquellen keine Spur von jener Clausel nur der Materie nach sich findet; daß die l. 11. C. cit. ohne ihre supponirten Nebeninstitute zu uns kam, und daß die Notariatsordnung nichts davon enthält.

Wie hätte also jene Clausel bey uns aus der Wurzel des Römischen Rechts entspringen, oder nur usu fori aus dem Süden zu uns gelangen können?

Eben so fremd war sie aber auch, wie wir glauben, dem alten Deutschen Rechte, dessen Oeffentlichkeit in der gerichtlichen Auflassung selbst und später in der gerichtlichen Constitution der Hypothek lag, nicht in der Ingrossation, welche ursprünglich nur eine Registrirung und Hülfsbrücke für das Gedächtniß war. — Es war also auch nach Deutschem Rechte die clausula intabulandi ganz unnöthig, um die Oeffentlichkeit zu gewinnen, weil diese ohne alle Registrirung schon vorhanden war. Das Gegentheil ist später und blieb immer Ausnahme.

Als aber die Auflassung gesprengt wurde, und doch die Instrumente in vielen Gegenden vor wie nach einregistrirt wurden, so war es sehr natürlich, daß jene Clausel in dieselben hineinfloß, weil die einseitige Ingrossation bedenklich gefunden wurde. Jene Clausel fand aber nur da recht eigentlich ihren Platz, wo die Ingrossation nothwendig war, und es verrieth sich dadurch auch ein gewisser feiner historischer Tact, da ja auch die Auflassung immer von dem Veräußernden ausgehen mußte. —

Durch sie gewann man das Mittel, auch ohne im Gerichte zu erscheinen, eine gerichtliche Urkunde und die

Das eigentliche Gesetz der Inscription blieb außerdem den Röm. Instituten ganz fremd.

Ingrossation zu erlangen, und dieser Zug scheint, soweit unsere rechtshistorischen Kenntnisse reichen, gerade von dem nördlichen Theile von Deutschland, namentlich von den Seeprovinzen ausgegangen zu seyn, wo jene Clausel ununterbrochen in den letzten Jahrhunderten, bald mehr bald weniger formell ausgebildet, bestanden hat.

Beiden Rechten, sowol dem gültigen Römischen als dem Deutschen, ist aber die clausula intabulandi bey dem Begriffe der öffentlichen Hypothek ganz fremd. Sie setzte sich erst später an dieselben an, theils neben der eigentlichen öffentlichen Hypothek des Deutschen Rechts, theils die gerichtliche Constitution vertretend. Sie blieb bislang, ungeachtet ihrer ungeheuren Fortschritte im 18ten und 19ten Jahrhunderte, immer bloßes Provinzialrecht.

Noch mehr fremd ist aber beiden Rechten die Nothwendigkeit der Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen; das Röm. Recht will nur die Zeit der Bestellung der Hypothek, wahrscheinlich um den Betrügereien durch Antedatiren vorzubeugen, öffentlich constatirt haben, und es hob dadurch im Wesentlichen das ältere Hypothekenrecht indirecte auf. Dem alten Deutschen Rechte, dem Ursitze aller ächten Publicität, ist die öffentliche Uebertragung des Eigenthums und verwandter dinglicher Rechte gleichsam ein Naturgesetz; es fragt deshalb weder nach der Absicht der Interessenten, ob sie diese Oeffentlichkeit wollen oder nicht, noch spricht es von seinen Zwecken; es ist eine Sache, die sich eben so von selbst versteht, als daß man zuvörderst zwei Augen hat, um damit, da man sie einmal hat, auch nebenbey zu sehen. Die clausula ingrossandi drang deshalb auch erst später in die Geschäfte ein, und zwar respective als ein Anhang

und als Surrogat der Deutschen öffentlichen Hypothek.

Auch im Hannöverschen war jene Clausel, abgesehen von den oben (S. 176 ff.) analysirten Bremen-Verdischen Statuten, früher nicht ganz unbekannt, jedoch eine Seltenheit, und selbst diese Seltenheit war um so mehr eine Merkwürdigkeit, da die eigentliche Ingrossation der Hypotheken in dem größeren Theile des Landes bislang gar keine Rechte gab, und oft unterblieb.

Wie unglücklich die Materie jener Clausel, ihr Geist sich in den Geschäften Luft machte, das ergiebt der obige Actenextract.

Da sie weder in den geltenden Rechtsquellen des Römischen noch des Provinzialrechts sich fand; so konnte sie nur indirecte sich in die Geschäfte einschleichen, und wie that sie dieß? Sie kroch heimlich in den Begriff der Oeffentlichkeit der Hypothek hinein, und da dieser schon mit vielen anderen Dingen schwanger war, so gesellte sie sich dazu als ein neuer Gährungsstoff, um die Verwirrung vollständig zu machen. Daher alle die wunderlichen Erscheinungen, welche der Actenextract ausweiset, daher vorzüglich das Wörtlein „öffentlich" und die vis hypothecae publicae! So kühn konnte sie nicht werden, daß sie sich in Fleisch und Bein gezeigt hätte; nirgends ist dieß gefordert von den Praktikern; nirgends ist sie nur so erwähnt, und nachdem ihr vielleicht nicht einmal erkannter Geist ein halbes Jahrhundert als ein gefährliches Irrlicht hin und her gewackelt hatte, so wurde manchem auch dabey unheimlich; man erkannte ihn als einen fremdartigen Zusatz, und suchte ihn durch Annäherung an das Röm. Recht wieder auszuscheiden, wie die neuesten Präjudizien über die Notariatshypotheken ergeben. —

Vielleicht wird man uns hier einwenden, daß das Obige ein bloßer Heischesatz sey, auf Deutsch petitio principii genannt, welcher sich bis jetzt in Niemandes als in unserer etwas abnormen historischen Spürnase gefangen habe, und daß wir mithin erst dasjenige beweisen sollen, was wir beweisen wollen.

Allein wir rechnen auch den geneigten Leser, namentlich wenn er, wie wir, das Glück haben sollte, ein Norddeutscher zu seyn, unbesehen zu der historischen Rechtsschule, und trauen ihm also auch zu, daß er das Gras wachsen hören kann, denn sonst wird es immer mit ihm schlecht stehen, wenn er auch noch so oft zu der historischen Fahne schwört. Beym ersten Kanonenschusse des Vernunftrechts des Herrn von Rotteck wird man ihn sonst als Deserteur erkennen.

Sodann schieben wir, nicht unbekannt mit der Wichtigkeit der Lehre von der Beweislast, jene etwaige unfreundliche Zumuthung zurück, und fordern von dem Leser, daß er zuvörderst beweisen solle, welchen und welchen andern Sinn die vis hypothecae publicae habe? Denn schon der Schüler im Faust sagt:

„Doch ein Begriff muß bey dem Worte seyn!"

Was ist denn, fragen wir, die clausula intabulandi? Doch wol die ausdrückliche Erklärung des Schuldners, neben der von ihm so eben bereits bewilligten Hypothek, in deren Ingrossation einzuwilligen! Die Ingrossation macht aber die Hypothek zur öffentlichen, und giebt ihr die Kraft der Oeffentlichkeit, mögen nun noch andere Spielarten von Hypotheken daneben existiren oder nicht, mag die ingrossirte Hypothek als öffentliche, oder schlechthin bloß als Hypothek bezeichnet werden, weil entweder keine andere Art von Hypothek ne-

ben ihr mehr besteht, oder man es für unnütz hält, einen öffentlichen Act als solchen noch besonders zu bezeichnen. Im Wesentlichen ist also die clausula intabulandi nichts Anderes als, neben der Hypothek, das Zugeständniß der Kraft der Oeffentlichkeit der Hypothek.

Was ist denn aber die Hannöversche angebliche vis hypothecae publicae anders, als neben der bereits bewilligten Hypothek das Zugeständniß der Kraft der Oeffentlichkeit derselben?

Der ganze Unterschied zwischen beiden ist also dieser, daß die clausula intabulandi als Mittel, die Oeffentlichkeit zu gewinnen, die Nothwendigkeit der Ingrossation voraussetzt, die vis hypoth. publ. im Sinne der alten Hannöverschen Praxis aber nicht, weil jene Nothwendigkeit in der Regel nicht vorhanden war; daß jene eine bestimmte Form, Fleisch und Bein hat, diese aber ein wankender, formloser und zweideutiger Schatten war, eine historische Mißgestalt, da man nur wenige eigentliche Hypothekenbücher hatte. Also auch hier der Rückschlag des Schicksals! In der Hauptsache stimmen beide überein; sie fordern beide, neben dem Acte selbst, wenn dieser auch schon ein öffentlicher ist, noch die Einräumung der Kraft der Oeffentlichkeit der Hypothek.

Ferner läßt sich auch die Rechtsgeschichte, so wie alle andere Geschichte, sehr gut rückwärts entwickeln, und wie kommt es denn, fragen wir, daß seit dem 1. Octbr. 1828, wo das Gesetz der Inscription zu operiren anfing, die clausula intabulandi auf einmal in gar viele Hannöversche Obligationen, sagen wir in den vierten Theil derselben, und gewiß nicht wie die von dem Aussätzigen ausgetriebenen Teufel, hineinfährt, obgleich jene Verordnung die clausula intabulandi auch nicht im entferntesten erwähnt, sondern, wie wir unten zeigen werden, im Wesent=

lichen die alte vis hypothecae publicae als Kennzeichen der Ingrossationsfähigkeit beybehält?

Man sagte von Napoleon, daß nur ein einziger Mensch in Frankreich klüger sey als er. Wer denn? Tout le monde! war die richtige Antwort. Und gewiß wird also auch der geneigte Leser, und wenn es selbst der Herr von Savigny wäre, (Nil desperandum!) nicht präsumiren wollen, daß er einen feineren historischen Instinct habe, als das ganze Hannöversche juristische Publicum, wenn es in den Geschäften auf den transitus legalis aus der Vergangenheit in die Zukunft ankommt. —

Blickt man nun, wir hoffen zum letzten Male, verbürgen es aber nicht, auf jene oben analysirte dreifache respective Wurzel und Composition des Begriffes der alten Hannöverschen Oeffentlichkeit in pto. hypothecae zurück, auf das Römische, das Deutsche Recht und auf die clausula intabulandi, diese als einen späteren Zusatz zu der Deutschrechtlichen Hypothek betrachtend, so wie auf die Gährung, welche dadurch nothwendig sich entwickeln mußte; so kann man sich über die Verwirrung, welche der Actenextract ergiebt, wol nicht mehr wundern, und wird sich leicht überzeugen, daß nur die legislative Accouchirzange als ein ultimum instrumentum hier helfen konnte.

§. 44.

Wir fragen nun wiederholt, wie stellte sich die neue Hannöversche Hypothekenlegislation zu der vis hypothecae publicae? Wie hinsichtlich der Vergangenheit, welche ja eine unendliche Anzahl von Obligationen mit oder ohne jene vis hypothecae publicae, freilich in forma probante jedoch in gefährlichem Conflicte unter einander aufwies; wie zu der Zukunft, gerade in einem Augenblicke, als

sie, nach hinlänglicher Muße und langen Deliberationen, das verhängnißvolle Gesetz der Inscription als künftig regulirendes Princip in das Creditwesen einschob?

Die Lage pro praeterito war diese. Es lag ein Begriff vor, an dessen Definirung die 7 Weisen Griechenlands wahrscheinlich eben so sehr als wir, ihren Witz vergebens verschwendet haben würden, den man bloß wie eine Strafleiter mit Minimum und Maximum allenfalls einschließen konnte; dessen Gehalt niemand, und dessen politische Bedeutung gewiß sehr Wenige kannten; eine Vogelscheuche der Gelehrten und Geschäftsleute, wenn gleich mancher wol nicht wenig selbstgefällig aussah, wenn er wie ein Adler in jene Sonne beym Votiren zu blicken glaubte; gewiß aber ein Schrecken der Gläubiger und ein Wolf in den Concursen, bey denen er sehr oft zur Beute sich einfand.

Jene Controverse involvirte aber mehr oder weniger den Credit fast eines Jahrhunderts, in soweit dieser auf den öffentlichen hypothekarischen Schuldinstrumenten beruhte. Es mußte also auch jener Begriff, ganz abgesehen von dem Gesetze der Inscription, endlich declaratorisch pro praeterito so fest fixirt werden, daß alle Versuche der Chicane, an ihm fernerhin in puncto prioritatis zu profitiren, zu Schanden wurden, und dieß mußte, gerade weil von der Vergangenheit die Rede war, mit möglichster Schonung der einmal erworbenen Rechte geschehen, soweit solche als vorhanden etwa angenommen werden konnten.

Ein anderer Standpunkt pro praeterito war dieser!

Wollte man gleich einstweilen das Gesetz der Inscription, von den notariales und quasi publicae vorerst abgesehen, nur pro futuro, vom 1. Octbr. 1828 an, in Wirksamkeit treten lassen, und die ganze Vergangenheit hinsichtlich des Gesetzes der Inscription noch nicht

berühren; so mußte dennoch der Begriff der Ingrossationsfähigkeit auch der alten vor dem 1. Octbr. 1828 aufgenommenen Obligationen gleichfalls so scharf gezogen werden, als wenn er mit Bimstein oder mit Diamantenstaube gerieben wäre, und auch hier wiederum mit möglichster Schonung der einmal etwa erworbenen Rechte. Es war ja vorherzusehen, und nicht viel der Divinationsgabe gehörte dazu, daß jene alten Obligationen, sobald sie jenes neue Gesetz der Inscription gewahr wurden, über kurz oder lang zu dem Hypothekenbuche, wie zu einer Himmelspforte, sich drängen würden, und wehe alsdann, wenn der gute Petrus, welcher nach dem bekannten Gedichte von Bürger schon einmal wegen seines Amtes als Schlüsselbewahrer in eine so fatale Verlegenheit gerieth, auch dieß Mal mit hinlänglich bestimmter Instruction nicht versehen wäre, wer für das Paradies des Hypothekenbuches receptionsfähig sey oder nicht, und wem der Schooß Abrahams oder die ewige Flamme als Sopha zu Theil werden solle!

Kurz, die Aufgabe der Legislation war pro praeterito Schutz der etwaigen wohlerworbenen Rechte des Gläubigers, Liquidität jener Rechte hinsichtlich des Schuldners und der Schuldner unter einander, und in dieser Hinsicht genaue Instruction für den Hypothekenbewahrer, so wie ein scharfer, fester Begriff. Vielleicht genügte dieser letztere zu allen obigen Zwecken allein, wenn er gehörig genommen wurde, wie ja in der Regel in der Legislation.

Pro futuro hatte man ganz freie Hände; hier mußte der Begriff der Ingrossationsfähigkeit, nach den politischen Ansichten, welche die Legislation darüber hatte, neu regulirt werden.

Wir untersuchen hier natürlich nicht, welchen politi-

schen Standpunkt die Legislation hierbey nach unserm hypothekarischen Glaubensbekenntnisse hätte nehmen sollen; nein, wir betrachten diesen Punkt hier bloß als eine Sache der Form; wir fordern nur irgend einen noch so willkührlichen und zwecklosen Begriff, aber einen solchen, an welchem der Zahn der Chicane vergebens nagt, denn so viel ist klar, daß ohne einen solchen scharfen Begriff als Grundbedingung das Gesetz der Inscription pro futuro unmöglich wohlthätig wirken konnte.

Sehr bescheiden sind also unsere legislativen Prätensionen, sowol pro praeterito als pro futuro; nur Schärfe der Begriffe und Schutz der etwaigen wohlerworbenen Rechte. Alles Andere bleibt aus dem Spiele.

Von selbst leuchtet aber ein:

1) die Schwierigkeit, hier auf eine sichere Weise Vergangenheit und Zukunft mit einer Klappe zu treffen, denn die Vergangenheit war eine durch Zufall und Verwirrung gegebene intricate Controverse, welche nur möglichst schonend regulirt seyn wollte, auf irgend eine Weise; weiter konnte man auf sie nicht mehr einwirken; die Zukunft war dagegen erst neu zu schaffen, nach den Gesetzen der Politik und der Logik; hier hatte man keine Fesseln. Indeß wäre es vielleicht nicht unmöglich gewesen, einen so weiten Begriff zu finden, welcher die Controverse der Vergangenheit theils löste, theils ganz umschloß, und zugleich als logische Grundlage der Inscription pro futuro dienen konnte, da ja auch der Schneider in der Logik das Maaß so weit nehmen kann als er will. Nil desperandum! Natürlich sprach aber hierbey die Politik das Hauptwort.

2) Die politische Unmöglichkeit, auf dem Begriffe der alten Hannöverschen Oeffentlichkeit in pto. **hypothecae**

fortzubauen, als Grundlage für Vergangenheit oder Zukunft oder für beide zusammen. Denn alsdann hätte man

a) die oben analysirte Controverse nicht beseitigt hinsichtlich derjenigen alten Obligationen, welche im Concurse classificirt werden sollten, ohne daß das Gesetz der Inscription dabey zur Sprache kam;

b) hätte man die Inscription der alten Obligationen zu der halsbrechendsten Operation von der Welt gemacht;

c) hätte man die Inscription der neuen Obligationen seit dem 1. Octbr. 1823 gleichfalls zur halsbrechendsten Operation von der Welt gemacht,

so daß der Credit des Landes an a), b) und c) schon allein, und also bereits im Anfange des Alphabets, gescheitert wäre.

Dieß waren also die drei respective Bedürfnisse und Klippen des Credits, hinsichtlich der vis hyp. publicae, welche respective befriedigt und gesprengt werden mußten, als man den Begriff der öffentlichen Hypothek legislative anrühren, und das Gesetz der Inscription einführen wollte.

Sollte der geneigte Leser etwa kein Freund der Dreiheit seyn, und sich zum Dualismus bekennen; wir streiten mit ihm auch über diese alte Controverse nicht, und wollen eventualiter auch für dieses Glaubensbekenntniß Sorge tragen. Das ganze so eben bezeichnete legislative Bedürfniß hinsichtlich der vis hypothecae publicae läßt sich auf folgende zwei Punkte reduciren: 1) hinsichtlich der Classification der Hypotheken im Concurse; 2) hinsichtlich deren Ingrossationsfähigkeit für das Hypothekenbuch.

Es ist aber von selbst auch hier klar, daß das Glied a) der ersten Eintheilung dem Gliede 1) der zweiten im Wesentlichen entspricht; und daß die Glieder b) und c) der ersten Eintheilung nur Unterabtheilungen des Gliedes 2) der zweiten Eintheilung im Wesentlichen sind. —

Die eine Eintheilung hat diese Bequemlichkeit, die andere jene. Wir werden die erste Eintheilung zu Grunde legen, jedoch demnächst, wenn wir auf diese Diagnose zurückkommen, uns einige Seitenblicke erlauben.

§. 45.

Untersuchen wir nun, wie die Legislation ihre Aufgabe hinsichtlich jener drei Punkte löste, welche ihr ja alle drei durch die von ihr angerührten Verhältnisse unzweifelhaft zur Entscheidung vorgelegt waren?

Fragen wir hier zuvörderst, dachte die Legislation in obiger Hinsicht an Vergangenheit und Zukunft, und namentlich an jene drei Punkte, also 1) an die Schlichtung der fraglichen Controverse pro praeterito, abgesehen von der Inscription der alten so genannten öffentlichen und gleichsam öffentlichen Hypotheken; 2) an die Inscriptionsfähigkeit der alten, und 3) an die der neuen Obligationen? oder an welchen dieser Punkte?

Die Beantwortung dieser Fragen ist nicht ohne Bedenklichkeit.

So viel 1) den ersten Punkt betrifft, so scheint es uns unzweifelhaft, daß man an diesen gar nicht dachte. Weder die landesherrliche Proposition, noch die Erwiederung der Stände, noch die Verordnung vom 13. Juni 1828 enthalten darüber einen Wink *).

Diese Erscheinung erklärt sich dadurch, daß man den Inhalt des Actenextracts nicht vor Augen hatte, und den Begriff der vis hypoth. publ. für liquide hielt, wie sich unzweifelhaft daraus ergiebt, daß man die Zukunft darauf fortbauen wollte.

*) s. das erste Heft Anlage VI. VII. VIII.

Jenes war also ein bedenkliches Omissum; die fragliche ungeheure Controverse blieb unentschieden, ja, sie wurde, wie wir unten sehen werden, durch den §. 4. der Verordnung zuerst in ihrem ganzen Umfange wenigstens pro praeterito durch die Legislation nunmehro confirmirt, nachdem die transitorische Verordnung dieß wahrscheinlich nur theilweise gethan hatte; sie findet sich vor wie nach fast bey jedem Concurse, welcher die hypothekarischen Verhältnisse vor dem 1. Oct. 1828 noch mit reguliren soll, und dieß ist die Mehrzahl, Verderben bringend ein, und durch ihre Lösung hätte man, nach unserer Ansicht, dem Lande einen größeren Dienst geleistet, als durch die Einführung des Gesetzes der Inscription, N. B. ohne alle Vorbereitung, und so gut als ohne alle Nebeninstitute. Dieser Dienst konnte dem Lande ohne alle Kosten, ohne alle Arbeit geleistet werden; eine Feder voll Tinte genügte, wogegen bekanntlich der bloße Versuch der Einführung des Gesetzes der Inscription dem Credite des Landes eine ungeheure Anregung, den Unterthanen und den Officianten eine erhebliche Arbeit, und dem Lande auch schon einige Summen gekostet hat. —

Wir lassen also diesen Punkt hier fallen, und werden erst dann auf ihn zurückkommen, wenn wir unsere Ansicht hinsichtlich der legislativen Lösung jener Controverse dem geneigten Leser zur Prüfung vorlegen werden.

Dagegen ist es 2) ohne Zweifel, daß die Legislation an den dritten Punkt, den Begriff der Inscriptionsfähigkeit der neuen, seit dem 1. Octbr. 1828 bestellten, Hypotheken dachte.

Der §. 4. der fraglichen Verordnung, und die Erwiederung der Stände geben darüber deutliche Auskunft, indem jener bestimmt, daß, ehe der Richter eine Hypothek

einträgt, „insbesondere die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen seyn müsse."

Daß dieß Requisit principaliter von den fraglichen neuen hypothekarischen Schuldinstrumenten, als Hauptcriterium der Inscriptionsfähigkeit gefordert werden solle, leidet nach der ganzen Fassung der Verordnung keinen Zweifel; sie denkt überhaupt mehr an die Zukunft als an die Vergangenheit.

Nicht ohne sehr erheblichen Zweifel ist es aber 3), ob die Verordnung auch an die Inscriptionsfähigkeit der alten, vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten, Hypotheken gedacht habe, und diese Unbestimmtheit ist gerade mit einer ihrer größten Fehler.

Gewiß ist, daß die landesherrliche Proposition und der Entwurf der Verordnung nicht daran gedacht haben, vielleicht mit einziger möglicher Ausnahme der notariales und quasi publicae, wovon unten.

Die Ständeversammlung dachte dagegen an diesen Punkt; wir wollen jedoch deren Ansicht nicht selbstständig hier ausführen, sondern solche bloß bey der Analyse der fraglichen Verordnung als Interpretationsmittel mit benutzen.

Was enthält also die Verordnung selbst über diesen Punkt?

Leider nichts Bestimmtes, nichts Ausdrückliches! Also dieser so höchst bedeutungsvolle Punkt ist der schlüpfrigen Conjectur überlassen!

Hier die Materialien dazu!

Die §§. 1 — 3. incl. bestimmen das Forum hinsichtlich der künftigen Eintragungen und reden offenbar bloß von der Zukunft.

Oben haben wir aber bereits gesehen, daß der §. 4. als Amendement von den Ständen eingeschoben wurde, und daß dadurch schon hinsichtlich der Bestellung der Hypothek die Verordnung eine Wendung bekam, welche man vorher gewiß nicht geahndet hatte.

Durch den ersten Absatz dieses §. wurde im Wesentlichen die causae cognitio in Beziehung auf die Ingrossationsfähigkeit, namentlich hinsichtlich des Begriffes der Oeffentlichkeit der Hypothek, eingeschoben; diese Bestimmung spricht ausdrücklich weder von Vergangenheit noch von Zukunft, und kann auf beides zusammen sehr gut gedeutet werden, da die Anfangsworte dahin gehen: „Bevor der Richter irgend eine Hypothek einträgt ꝛc." Auch die vor dem 1. Octbr. 1828 bestellte Hypothek ist irgend eine Hypothek. —

Dagegen kann der zweite Absatz jenes §. 4. nur von der Zukunft allein gedeutet werden, da er den Anfang und das Alter der öffentlichen Hypothek erst von dem Zeitpunkte der Eintragung datirt, was auf die alten, vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten Hypotheken nicht paßt, da diese, wo keine besondere desfallsige Statuten vorhanden sind, selbst wenn sie eingetragen werden, nicht nach dem Zeitpunkte der Eintragung, sondern respective der Bestellung, der Confirmation und auch wol der Verlautbarung rangiren.

Aus eben dem Grunde können die §§. 5 und 6. nur auf die Zukunft bezogen werden.

Der §. 7. kann dagegen wieder eben so gut auch auf die Vergangenheit als auf die Zukunft allein gehen, da er allgemeine Vorschriften für den Hypothekenbewahrer hinsichtlich der Eintragung enthält. Wird eine alte Hypothek eingetragen, so muß der Hypothekenbewahrer diese

Vorschriften im §. 7. auch bey der Eintragung einer solchen Hypothek beobachten; allein es ist gerade die Frage, ob sie eingetragen wird, und wie sie dazu beschaffen seyn muß.

Es bleibt also, um diese Zweifel zu lösen, nur noch der §. 8. übrig; allein auch dieser besagt im Wesentlichen weiter nichts, als daß den alten, vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten, öffentlichen und gleichsam öffentlichen Hypotheken ihre so genannte gesammte bisherige Wirksamkeit einstweilen noch vorbehalten bleiben soll (N. B. auch ohne Eintragung), den notariales und quasi publ. jedoch nur noch auf 5 Jahre, wo sie zu bloßen Privathypotheken herabsinken sollen. Wenn aber in dem letzteren Falle (nämlich der notariales und quasi publicae) statt der bisherigen Sicherheit, eine öffentliche Hypothek von den Partheien beschafft wird, so soll nur die Hälfte der Gebühren erlegt werden.

Auch diese Bestimmungen enthalten nichts Ausdrückliches darüber, wie eine alte Obligation beschaffen seyn müsse, welche sich ingrossiren lassen will; man ersieht leider nicht einmal mit Gewißheit, ob die alten notariales und quasi publicae, welche doch als solche nur noch 5 Jahre leben sollen, ingrossationsfähig seyn sollen, oder nicht.

Da aber der Entwurf der Verordnung lediglich von der Zukunft spricht, und die Verordnung auch nur davon ausdrücklich im Wesentlichen handelt, so würde man hiernach allein wol nur annehmen können, daß der einzige zweifelhafte Ausdruck im ersten Absatze des §. 4. auch nur darauf respective zu beziehen und zu restringiren sey. —

Man käme alsdann zu dem unglücklichen Resultate, daß die Verordnung über die Ingrossationsfähigkeit der alten Obligationen, von denen ein guter Theil nur noch 5 Jahre in ihrer alten Kraft leben soll, gar nichts enthielte.

Allein hier zeigt sich auf eine eben so eclatante Weise, wie schon oben hinsichtlich des Begriffes der Bestellung der Hypothek, die Nützlichkeit und selbst die unumgängliche Nothwendigkeit der Publicität der Verhandlungen, aus welchen die Gesetze des Landes hervorgehen sollen, worüber die Deutsche Rechtsgeschichte allein nöthigenfalls Folianten von Beyspielen liefern könnte.

Von den Discussionen über das fragliche Gesetz in der Ständeversammlung liegt uns leider nichts als das sehr dürftige Resultat, nämlich die Erwiederung der Stände, vor *), und diese ergiebt nach unserer Ansicht, daß die Verordnung nicht allein über die Ingrossationsfähigkeit der neuen, sondern auch der alten Hypotheken, wenigstens nach dem Antrage der Stände, bestimmen soll. Hier sind die Worte:

„Indem Stände diese ihre Anträge auf Abänderungen und Zusätze zu dem vorgelegten Gesetzentwurfe dem Königlichen Cabinets-Ministerio zur geneigten Berücksichtigung empfehlen, können sie schließlich die Kosten nicht unerwähnt lassen, welche hinsichtlich der bisherigen gerichtlichen Hypotheken bey etwaiger Errichtung neuer Hypothekenbücher und besonders hinsichtlich der bisherigen gleichsam-öffentlichen Hypotheken bey deren, innerhalb der fünfjährigen Präjudicialfrist zu erwartenden häufigen Eintragungen entstehen können. Um diesen Uebergang zu einer bessern Hypothekeneinrichtung möglichst wenig mit jenen Kosten zu beschwe-

*) s. erstes Heft pag. 142.

ren, bitten Stände, daß Königliches Cabinets=Ministerium eine Bestimmung dahin treffen wolle, daß bey allen Hypotheken, für welche bereits die Eintragungsgebühr bezahlt worden, keine fernere Gebühr, wenn deren anderweite Eintragung in Folge der jetzigen Verordnung erforderlich seyn sollte, bezahlt werden und in Ansehung der Eintragung der gleichsam=öffentlichen Hypotheken eine möglichst geringe Gebühr eintreten möge."

Die Ständeversammlung dachte also allerdings auch an die Eintragung der alten öffentlichen Hypotheken, und zwar sowol der judiciales, als der notariales und der quasi publicae.

Ueber die Criterien der Ingrossationsfähigkeit dieser alten Hypotheken haben sich die Stände freilich nicht ausdrücklich und besonders geäußert; da aber, auf Antrag der Ständeversammlung, der erste Abschnitt des §. 4. die causae cognitio hinsichtlich der Ingrossationsfähigkeit ohne allen Unterschied, ganz unbedingt und sogar mit den Worten: „irgend eine Hypothek," vorschreibt, und dieß eben so gut die Vergangenheit als die Zukunft mit umfaßt; so scheint uns daraus zu folgen, daß jene bey der causae cognitio geforderten Criterien auch bey den alten Obligationen, wenigstens nach der Ansicht der Stände, vorhanden seyn sollen.

Die Landesherrschaft nahm alle von der Ständeversammlung proponirten Amendements an, und, wie bei geistigen Dingen nicht anders der Fall seyn kann, im Sinne der Ständeversammlung, auch das fragliche Amendement hinsichtlich der Kosten, jedoch dieses nur hinsichtlich der notariales und quasi publicae; und auf eine solche Weise, welche dem Zweifel Raum läßt.

Von den Ingrossationsgebühren hinsichtlich der alten ju-

diciales ist in der Verordnung nicht die Rede, *warum*, das wissen wir nicht. Vielleicht geschah dieses Punktes um deswillen keine Erwähnung, weil die Ständeversammlung hinsichtlich jener Hypotheken nur *darauf* angetragen hatte, daß bey deren *anderweiter Eintragung* nicht *abermals Eintragungsgebühren* gefordert werden möchten, welche anderweite Eintragung auf *Antrag* der *Interessenten*, ohne von Umarbeitung der Hypothekenbücher ex officio hier zu sprechen, diese Verordnung einstweilen noch nicht nach sich gezogen hat, und gewiß auch nicht nach sich ziehen sollte. Daß nicht zweimal die Gebühren für die Ingrossation *derselben* Hypothek bezahlt werden sollten, verstand sich bey der bekannten Humanität der Regierung gewissermaßen auch von selbst, und deshalb ist vielleicht dieser Punkt absichtlich *als überflüssig* nicht mit erwähnt.

Auf etwas *weiteres trugen* die Stände in dieser Hinsicht *nicht an*; sie sprachen freilich anfangs im Allgemeinen von der *Eintragung* der *gerichtlichen* Hypotheken; beschränkten jedoch auf das Obige ihren *Antrag*, vielleicht von der irrigen Ansicht ausgehend, daß die gesammten alten gerichtlichen Hypotheken bereits ingrossirt seyen; und so ist es gekommen, daß *der* Punkt nicht berührt ist, wenn de novo eine alte *gerichtliche* Hypothek eingetragen werden soll. Hier werden also die gewöhnlichen Gebühren gezahlt werden müssen.

Daraus würde denn aber leider ein legislativer Widerspruch entstehen, da, wenn man annimmt, daß die notariales und quasi publicae nur die Hälfte der Inscriptionsgebühren bey ihrer Eintragung bezahlen sollen, man schwerlich wird begreifen können, warum die judiciales bey derselben Operation das *Ganze* bezahlen sollen. —

Schon daraus wird es zweifelhaft, in welchem Sinne die Landesregierung das fragliche Amendement hinsichtlich der Eintragungsgebühren annahm.

Noch zweifelhafter wird dieß, wenn man sieht, daß der §. 8. der Verordnung auch hinsichtlich der notariales und quasi publicae gar nicht von Eintragungsgebühren spricht, sondern bestimmt, daß, wenn statt der bisherigen Sicherheit (durch die notariales und quasi publicae) eine öffentliche Hypothek von den Partheien beschafft wird, alsdann nur die Hälfte der sonst eintretenden Gerichtsgebühren erlegt werden soll. Möglicherweise kann dieß auch heißen sollen: wenn die notariales und quasi publicae zuvörderst, vor der Eintragung, in öffentliche Hypothek umgearbeitet werden, zum Zwecke der Eintragung, alsdann soll nur die Hälfte respective der Bestellungs- und Confirmations-Gebühren genommen werden; so daß alsdann von Eintragungsgebühren in der Verordnung gar nicht die Rede wäre. Unten wird sich nämlich gerade zeigen, wie gar zweifelhaft es ist, ob unter der Beschaffung der öffentlichen Hypothek, die Eintragung jener notariales und quasi publicae, oder deren vorherige Umwandlung in öffentliche verstanden sey.

Es ist also allerdings zweifelhaft, in welchem Sinne die höchste Landesbehörde in Justizsachen dem Wunsche der Stände hinsichtlich der Eintragungsgebühren für die alten Hypotheken gewillfahrt habe, und davon hängt gerade zum Theil die Frage ab, ob die Verordnung die Ingrossationsfähigkeit bloß der neuen oder auch der alten Hypotheken habe definiren wollen.

Das Resultat dieser Untersuchung scheint uns also dieses zu seyn: wir halten es für ziemlich gewiß, daß die

Ständeversammlung in der Verordnung die Criterien für die Ingrossationsfähigkeit der alten Obligationen habe mit aufstellen wollen; dagegen ist es zweifelhaft, ob die höchste Landesregierung das Amendement der Ständeversammlung im ersten Absatze des §. 4. in jenem Sinne in die Verordnung mit aufgenommen habe, zumal sie im §. 8. hinsichtlich der Eintragungsgebühren für die alten Obligationen sich nicht deutlich ausgesprochen hat.

Wir unseres Theils nehmen jenes an, da der Absatz 1. des §. 4. ganz allgemein spricht; die Absicht der Ständeversammlung hierauf offenbar mit gerichtet war; und weil wir sonst in dem Landesrechte keine Bestimmung finden, nach welcher die Ingrossationsfähigkeit der alten Obligationen abgemessen werden könnte, und deshalb auch, so viel uns bekannt ist, alle Landesbehörden von oben bis unten in jener Verordnung die gesetzlichen Criterien für die Ingrossationsfähigkeit auch der alten Obligationen suchen.

Wollte man dieß nicht annehmen, so könnten jene alten Obligationen, so weit sie noch nicht eingetragen sind, jetzt entweder gar nicht eingetragen werden, was eine wunderliche Erscheinung wäre, oder sie müßten nach dem Begriffe der Oeffentlichkeit vor jener Verordnunng eingetragen werden, und dieß würde, wenigstens nach unserer Ansicht, ganz identisch seyn mit den Criterien im Absatze 1. des §. 4., wie wir unten sehen werden. Die Verordnung befindet sich also in folgendem Dilemma:

1) entweder der Absatz 1. des §. 4. regulirt die Ingrossationsfähigkeit der alten öffentlichen und gleichsam-öffentlichen Hypotheken nicht mit; alsdann fehlt es an den nöthigen Criterien zu deren Eintragung; und sie müssen alsdann entweder von dem Hypothekenbuche zurückgewiesen werden, oder können, da es sonst gar kein anderes mög-

liches Criterium giebt, nur nach dem alten Begriffe der Oeffentlichkeit, wie solcher vor dem 1. Octbr. 1828 existirte, eingetragen werden;

2) oder jene Bestimmung im Absatze 1. des §. 4. regulirt sowol Vergangenheit als Zukunft; alsdann werden wir sehen, ist die Lage der Verordnung auch nicht beneidenswerth.

Wir wählen entschieden diese zweite Position, sehr glücklich, daß wir als Dilettant es ohne Verantwortung thun.

Aus diesem Standpunkte ist also das Nachstehende geschrieben.

Wir bemerken jedoch noch der Cautel wegen, daß wir durch das Obige auf keine Weise der Frage präjudicirt haben wollen, ob die vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten notariales und quasi publicae nach der Verordnung ingrossationsfähig sind, oder nicht.

§. 46.

Wir nehmen also, salvo meliori, an, die Verordnung regulirt die Ingrossationsfähigkeit sowol der alten als der neuen Obligationen.

Die nächste Frage würde also wol diese seyn: ist ein besonderer Begriff für die Ingrossationsfähigkeit der alten, und wieder ein besonderer für die Ingrossationsfähigkeit der neuen Obligationen aufgestellt?

Wenigstens auf den ersten Blick müssen wir jene Frage verneinen, da sich jedenfalls nicht ausdrücklich zwei besondere Begriffe der Ingrossationsfähigkeit in der Verordnung finden.

Wir fragen sodann weiter, immer natürlich nach unserer Supposition: wie definirt die Verordnung die Ingros-

sationsfähigkeit sowol der alten als der neuen Obligationen durch einen gemeinsamen Begriff?

Dieser gemeinsame Begriff ist denn offenbar der Begriff der öffentlichen Hypothek.

Diesen Begriff würden wir also nun im Sinne der Verordnung zu zergliedern haben.

Der geneigte Leser denke hier zuvörderst nur in folle an den Actenextract!

Auch haben wir schon im §. 4. S. 31. den geneigten Leser ersucht, seine Aufmerksamkeit hinsichtlich der Bestimmungen der Verordnung über die Ingrossationsfähigkeit vorzüglich auf folgende Punkte gütigst zu richten:

Nämlich 1) genügt eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts zur Eintragung in das Hypothekenbuch, oder muß noch die clausula intabulandi hinzukommen?

2) Genügt die clausula intabulandi in den hypothekarischen Schuldinstrumenten für sich allein zur Eintragung in das Hypothekenbuch, oder muß in denselben noch daneben eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts vorhanden seyn?

Ferner: ist vielleicht in obiger Hinsicht ein Unterschied zu machen, ob die hypothekarischen Schuldverschreibungen vor oder nach dem 1. Octbr. 1828 aufgenommen sind, kurz, zwischen den Hypotheken nach altem und nach neuem Rechte?

Kurz, was für eine Qualität fordert die Verordnung von einer Hypothek, welche sich ingrossiren lassen will?

Fragen, welche leider eben so zweifelhaft als wichtig sind!

Der §. 4. der Verordnung giebt auf die obige allgemeine Frage, welche wir zuletzt aufgestellt haben, zur Antwort:

„Daß insbesondere die Absicht des Schuldners erwiesen seyn müsse, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, entweder durch des Schuldners persönliche Erklärung, oder durch glaubhafte öffentliche Urkunden."

Wir kommen also zu der Frage: wann ist die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen?

Was ist zuvörderst eine öffentliche Hypothek?

Hierauf antwortet der §. 1.: daß künftig keine Hypotheken anders öffentlich bestellt werden können, als durch Eintragung in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters.

Es ist also alsdann die Absicht des Schuldners, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen, wenn erwiesen ist, daß er die Absicht hat, die Hypothek in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eintragen zu lassen.

Wann hat er aber die Absicht, die Hypothek in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eintragen zu lassen?

Diese Endfrage hält die Verordnung entweder für hinlänglich liquide, oder für eine bloße quaestio facti, und beantwortet sie jedenfalls aus einem oder dem andern Grunde nicht. —

Jene Absicht kann nun erwiesen werden, entweder durch den dürren Buchstaben, oder durch Conjectur.

Wir fragen hier zuvörderst, was für Beweismittel, was für ein Beweisverfahren sind zulässig vor dem Hypothekenbewahrer?

Die Verordnung beschränkt die Beweismittel auf des Schuldners persönliche Erklärung, wahrscheinlich ad protocollum, vor dem Hypothekenbewahrer, und auf

glaubhafte öffentliche Urkunden. Es scheinen also Eide, Zeugen ꝛc. bey diesem Beweisverfahren vor dem Hypothekenbewahrer ausgeschlossen zu seyn, und gewiß würde dieß auch eine kleine Anomalie von den Rechten der übrigen Staaten seyn.

Von der Art des Beweisverfahrens, ob einseitig, ob in contradictorio, von den darin zuständigen Rechtsmitteln ist nichts gesagt, und wir werden uns darüber in dem Hefte über die allgemeine causae cognitio aussprechen.

Leidet die fragliche Absicht des Schuldners gar keinen Zweifel, so wird das Beweisverfahren einseitig seyn können; leidet es dagegen Zweifel, alsdann muß ein contradictorisches Verfahren eingeleitet werden.

Dieß scheint aber bloß ad protocollum geschehen zu sollen, weil neben den öffentlichen Urkunden nur die persönliche Erklärung des Schuldners erwähnt ist, und hoffentlich soll die Sache mit Ja und Nein entschieden seyn, und im letzteren Falle in den Weg Rechtens wandern.

Diesen Gang hat wenigstens die Legislation ex post bey dem jure separationis ex jure crediti in der Verordnung vom 21. Novbr. 1830 hinsichtlich der Beweismittel genommen.

Natürlich muß dann in dem Wege Rechtens entschieden werden, ob die fragliche Obligation ingrossationsfähig sey, oder nicht. Es ist also nur eine andere Geschäftsmühle; das zu schrotende Korn bleibt dasselbe.

Doch auch dieß gehört nicht hierher, sondern wieder in die Abhandlung über die allgemeine causae cognitio*). —

*) Ueber die obigen beiden Fragen hinsichtlich der Beweismittel und des Beweisverfahrens vor dem Hypothekenbewahrer, um den Charakter der Oeffentlichkeit der Hypo-

Also der dürre Buchstabe oder die Conjectur der Absicht, die Hypothek in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eintragen zu lassen.

Alle hypothekarischen Schuldinstrumente sind nun entweder vor dem 1. Octbr. 1828 oder später errichtet, was wol der einzige zweifelsfreie Satz in dieser Abhandlung seyn wird.

Prüfen wir zuvörderst die ersteren nach dem eben aufgestellten Requisite!

Verstehen wir solches so, wie die Wortfassung der §§. 1 und 4. lautet, alsdann wird gewiß von 10 — 12, vielleicht von 20 nur eine Obligation inscriptionsfähig seyn, denn fast aus allen älteren Obligationen geht die Absicht des Schuldners, solche in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eintragen zu lassen, nicht hervor; die claus. intabulandi findet sich sehr selten darin; Andeutungen, aus welchen die Absicht der Ingrossation hervorgehen könnte, eben so selten; genug, das verlangte Requisit findet sich unter 10—20 höchstens bey einer, und alle anderen würden also nicht inscriptionsfähig seyn.

Der Grund davon ist dem Einländer sehr einleuchtend, weil in früheren Zeiten, vor der Französischen Invasion,

thek zu constatiren, ist irgendwo ein Bericht an das hohe K. Justizdepartement und ein Rescript von demselben gedruckt. Leider können wir das Citat in unsern Collectaneen nicht wieder auffinden, wir glauben aber, daß der Bericht von dem Amte Steinbrück abgestattet war, und daß der Inhalt des höchsten Rescripts die vielen einschlagenden intricaten Fragen nicht entscheidend und bestimmt löste, wozu ja auch eine neue Legislation nothwendig seyn würde. — Wir schreiben dieß nach einem Eindrucke seit 2 bis 3 Jahren.

welche auch in der Rechtsgeschichte den bekannten großen geistigen Abschnitt machte, in einem Theile des Landes noch gar keine Hypothekenbücher existirten, und, die Invasionszeit und die transitorischen Verordnungen abgerechnet, die Ingrossation, beym Abgange von besondern Statuten, überdieß gar nicht nothwendig war, mithin in der Regel sich niemand die Mühe gab, sich in dieser Hinsicht in den Obligationen zu äußern.

Auch kann man auf die obige Argumentation wol nicht erwiedern, daß der §. 1. nur von denjenigen Hypotheken spreche, welche nach dem 1. Octbr. 1828 erst bestellt werden sollen, denn der §. 4. spricht, wenigstens nach unserer Supposition, unbedingt von der Qualität aller einzutragenden Obligationen, einerlei ob sie vor oder nach dem 1. Octbr. 1828 constituirt sind.

Dieser §. 4. enthält den Begriff einer öffentlichen Hypothek, und der §. 1. die Definition jenes Begriffes. —

Dieß wäre aber ein sehr übeles Resultat! —

Ferner scheint auch der §. 8. in dieser Hinsicht einen bedenklichen Zug zu haben, wie im §. 45. (S. 295.) schon angedeutet ist.

Jener §. überläßt es denjenigen, welche alte Notarial- und Zeugen-Hypotheken haben, bis zum 1. Octbr. 1833 für ihre fernere genügende Sicherheit selbst zu sorgen (ein vortrefflicher Rath!), und es soll nur die Hälfte der sonst eintretenden Gerichtsgebühren erlegt werden, wenn, statt der bisherigen Sicherheit, eine öffentliche Hypothek von den Partheien beschafft wird.

Die bisherige Sicherheit, welche eine gehörige, praxismäßige (sit venia!) Notarial- und Zeugen-Hypothek gewährte, war aber die Kraft der Oeffent-

lichkeit, und statt dieser soll von den Partheien eine öffentliche Hypothek beschafft werden. Dieß soll doch also wol die öffentliche Hypothek im Sinne des §. 1. der Verordnung seyn, vielleicht noch mit vorheriger gerichtlicher respective Bestellung und Confirmation. Die öffentliche Hypothek im Sinne des §. 1. wird aber nur durch Eintragung erworben.

Von jener Operation wird aber so gesprochen, daß man kaum scheint annehmen zu dürfen, daß die Bewirkung der Eintragung eine einseitige Handlung seyn könne, sondern als wenn der Schuldner dabey immer concurriren müsse; denn warum hieße es sonst: „eine öffentliche Hypothek von den Partheyen beschafft!" Sollte dem Gläubiger allein die Ingrossation bey den Notarial- und Zeugen-Hypotheken erlaubt seyn, warum alsdann davon sprechen, daß er für seine fernere genügende Sicherheit selbst sorgen möge, und daß die Partheyen eine öffentliche Hypothek beschaffen sollen; warum nicht viel kürzer sagen, daß diejenigen Notarial- und Zeugen-Hypotheken, welche bis zum 1. Octbr. 1833 sich nicht haben ingrossiren lassen, von da an nur die Kraft von Privathypotheken haben sollen, wie ja alle anderen Legislationen, wenn wir nicht irren, die Sache so ganz simpliciter et breviter, ohne alle Affectation, angreifen.

Es scheint also bey solchen Hypotheken ziemlich entschieden zu seyn, daß bey ihnen, wenn die Absicht der Ingrossation noch nicht hinlänglich in den betreffenden Obligationen ausgedrückt ist, der Schuldner jetzt noch ausdrücklich darein willigen müsse, ehe die Ingrossation geschehen könne. —

Und warum, fragen wir alsdann an der Schnur der legislativen Logik weiter, sollen denn die früher vor dem

competenten oder incompetenten Richter bestellten Hypotheken vor den notariales und quasi publicae auf einmal ein Privilegium hinsichtlich der Ingrossationsfähigkeit haben, mit denen sie bisher, wie Livius sagt, aequo jure, dem Parisapfel der Völker *), lebten? — Warum sollte gerade diesen letzteren allein rückwirkend und indirecte ihr Hauptrecht, die Kraft der Oeffentlichkeit, entrissen werden vom 1. Octbr. 1833 an?

Das wäre also im Resultate ein Hypothekenbuch, das die Ingrossation zur Bedingung der Fortdauer der Kraft der Oeffentlichkeit machte, und wenigstens einem großen Theile der alten Hypotheken, welche die Kraft der Oeffentlichkeit hatten, welche bisher für cives optimo jure in republica hypothecaria galten, die Ingrossationsfähigkeit nähme? Und bey den gerichtlichen Hypotheken müßte alsdann consequenter Weise entweder eine solche Abstreifung des Charakters der Oeffentlichkeit und Umwandlung in die clausula intabulandi demnächst auch eintreten, oder das Hypothekenbuch könnte niemals geschlossen werden, eine übele Alternative! —

Bey den vom 1. Octbr. 1828 an bestellten Hypotheken ließe es sich dagegen recht gut denken, daß solche nicht anders ingrossationsfähig seyn sollten, als cum clausula intabulandi expressa oder animo conjectata (sit venia!). —

§. 47.

„Verschwinde Traum!" Diese ganze Interpretation

*) Ei wie schön würden uns gerade jetzt der Livius und Tacitus mit ihren Parallelstellen zu der jetzigen Zeit wieder munden, wenn wir nicht hier etwas viel Geistreicheres trieben!

halten wir für irrig; sie hält sich an nicht ganz accurate Ausdrücke.

Dieß glauben wir schon oben hinsichtlich des im §. — 3. gebrauchten Ausdrucks Bestellung der Hypothek hinlänglich gezeigt zu haben, nämlich daß nur von der Gewinnung der Kraft der Oeffentlichkeit durch die Eintragung die Rede ist, nicht, daß durch die Eintragung die Hypotheken bestellt werden sollen. Eben so glauben wir auch behaupten zu dürfen, daß die aus dem §. 8. urgirten Worte nicht in dem buchstäblichen, sondern mehr in dem figürlichen Sinne zu nehmen sind, nämlich, daß der Gläubiger auch ohne vorhergehende oder nachfolgende clausula intabulandi die früher errichteten Notarial- und Zeugen-Hypotheken einseitig ingrossiren lassen könne, wenn sie im Uebrigen dazu qualificirt, namentlich die letzteren von den Zeugen recognoscirt sind. —

Die Partheien werden hier wol den Berechtigten d. h. den Gläubigern gleich seyn sollen, wenn die Schuldner nichts mehr über den Charakter der Hypothek zu sagen brauchen, sonst freilich Partheien.

Es würde auch, wie wir glauben, unbillig und unpolitisch seyn, wenn man der fraglichen Verordnung eine solche Disposition beymessen wollte, welche einem Theile derjenigen Hypotheken, die früher die Kraft der Oeffentlichkeit hatten, solche zu einem gewissen Termine entzöge, ohne ihnen die Möglichkeit zu geben, ihr altes Recht durch sich selbst zu behaupten, und hinsichtlich eines andern Theils entweder die Unmöglichkeit der Schließung des Hypothekenbuches, oder gleichfalls die vorherige Umwandlung dieser Hypotheken indirecte ausspräche. Dahin würde aber offenbar die legislative Logik führen.

So gewiß also die Verordnung, wie wir glauben,

dem Wortverstande nach nur auf die obige Weise ausgelegt werden kann; so unmöglich ist dieß in rechtlicher und legislativer Hinsicht. —

Der §. 1. kann mit dem §. 4. nicht combinirt werden; der in beiden gebrauchte Begriff der Oeffentlichkeit ist ganz verschieden; der im §. 4. enthaltene ist der Begriff nach dem alten Rechte; der im §. 1., nach dem neuen Rechte, und dieser will weiter nichts sagen, als daß die neuen, seit dem 1. Oct. 1828 bestellten, Hypotheken die Kraft der Oeffentlichkeit nicht anders gewinnen sollen, als wenn sie eingetragen sind; der §. 4. dagegen, daß diejenigen Hypotheken ingrossationsfähig seyn sollen, bey deren Constituirung der Schuldner die Absicht gehabt hat, eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts zu bestellen.

Aus der Verordnung selbst können wir dieß freilich nicht beweisen, denn der §. 6. kann eben so gut bey der Bestellung der Hypotheken die clausula intabulandi voraussetzen als nicht, weil er bloß von den Personen spricht, vor welchen die Hypothek auch künftig noch bestellt werden kann, nicht von der Art, wie ingrossationsfähige Hypotheken bestellt werden müssen. Auch der §. 8. enthält kein Argument, denn er spricht nicht von der Ingrossationsfähigkeit, sondern von der Beybehaltung der Kraft der Oeffentlichkeit auch ohne Ingrossation, und der Schlußsatz jenes §. enthält eher ein Argument gegen als für unsere Ansicht, wie wir so eben gesehen haben. — Eben so wenig ergiebt aber der §. 9. etwas. —

Allein die Erwiederung der allgemeinen Ständeversammlung vom 17. März 1827, auf welche wir schon oben (S. 269 ff. 292 ff.) mehrfach Bezug genommen haben, läßt über die Richtigkeit unserer Auslegung keinen Zweifel. Diese sagt

ausdrücklich, daß die Absicht des Gesetzentwurfes in Ansehung der hinführo zu bestellenden Hypotheken auf das Requisit der Eintragung in das Hypothekenbuch des competenten Gerichts beschränkt sey, und daß mithin die bisherigen allgemeinen und particulären Vorschriften über die Arten und Formen der Bestellung von Hypotheken durch dieses Gesetz nicht abgeändert werden sollen; eine Abänderung, die überdieß nach dem Zwecke dieses Gesetzes nicht nothwendig und wegen der Beschränkung des Schuldners nicht rathsam scheine.

Die Eintragung in das Hypothekenbuch ist also in dieser Hinsicht, wie wir schon oben deducirt haben, der einzige Zweck der Verordnung, nicht neue Bestimmungen über die Arten und Formen der Bestellung. Dieß kann nicht allein gedeutet werden auf die Personen, vor denen die Hypothek bestellt wird, sondern es geht offenbar auch auf die Qualität der bestellten Hypothek. — Alles dieß soll bleiben, wie es bisher war, mithin bleibt auch die Frage unberührt, was eine Privat- oder öffentliche Hypothek sey, abgesehen von der neu hinzugefügten Nothwendigkeit der Eintragung, welche ja bey der Frage von der Ingrossationsfähigkeit ganz aus dem Spiele ist. Hier fragt es sich, was ist nothwendig zur Eintragung? dort, welchen Effect hat die Eintragung? —

Darauf folgt alsdann als Amendement der Ständeversammlung der ganze §. 4. des Gesetzes.

Es ist also unmöglich, daß dieser §. nach der Absicht der Stände einen anderen Sinn haben kann, als daß der Begriff „öffentlich" nach dem alten Rechte und nicht nach dem §. 1. der Verordnung hinsichtlich der Art der Bestellung genommen und verstanden werden solle, weil sonst das ganze alte

Recht über den Haufen gestoßen wäre. — Von der Art der Bestellung kann aber allein die Frage rücksichtlich der Ingrossationsfähigkeit abhängen.

Aus gleichen Gründen haben die Stände den §. 5. des Gesetzentwurfes in der Anlage VII. des ersten Heftes so modificirt, wie der jetzige §. 6. des Gesetzes lautet, und zwar ausdrücklich aus dem Grunde, weil das Gesetz sich bloß auf den Gesichtspunkt der Eintragung beschränken solle, damit es nicht zweifelhaft bleibe, ob die künftig vor einem nicht competenten Richter oder vor Notar und Zeugen, oder bloß vor Zeugen errichteten Hypotheken überhaupt zur Eintragung geeignet seyen, was um deswillen bejahet werden müsse, weil das Gesetz nur hinsichtlich der Eintragung verfügen wolle (S. 272.). Dieselbe Ansicht haben die Stände noch einmal ausgesprochen, wie wir oben (S. 292 ff.) gesehen haben bey den Kosten der Eintragung der alten Hypotheken.

Es ist also ganz unzweifelhaft, daß die Ständeversammlung entschieden der Ansicht war, daß weder pro praeterito noch pro futuro an der Qualität der Hypotheken hinsichtlich deren Ingrossationsfähigkeit etwas geändert werden solle, und daß sie den in ihr Amendement, als Criterium der Ingrossationsfähigkeit, mit aufgenommenen Ausdruck „öffentliche Hypothek" lediglich in dem Sinne des alten Rechts verstand.

Jenes Amendement wurde aber zum Gesetze erhoben, mithin nach unserm juristischen Glaubensbekenntnisse auch in dem Sinne, welchen ihm die Stände beygelegt hatten, da man sonst gewiß eine andere Wendung genommen hätte, und hätte nehmen müssen.

Allein hieraus ergiebt sich um so mehr, wie gar nothwendig es war, wie wir schon früher bemerkt haben, alle

die Ausdrücke, welche auf die Bestellung der Hypothek Bezug haben, ganz aus der Verordnung zu streichen, denn es ist doch etwas wunderbar, daß die Verordnung in der Ueberschrift, in der Einleitung, im §. 1—3. immer von der Bestellung der Hypothek spricht, und doch nur die Eintragung reguliren soll; ferner, daß die Verordnung eine Controverse hinsichtlich des fori der Bestellung schlichten soll, welche sie jetzt nunmehro gar nicht trifft, ja, was das Allerschlimmste ist, daß sie die Ausdrücke „Bestellung" und „öffentliche Hypothek" in einem zweifachen Sinne gebraucht, jenen für Bestellung und Eintragung, diesen für ingrossationsfähige und ingrossirte Hypothek, d. h. für Gegenwart und Zukunft zusammen.

Die declaratorische Verordnung vom 17. Oct. 1828*) zu dem §. 2. der fraglichen Hypothekenverordnung in Beziehung auf den §. 9. Tit. 1. der Bremen-Verdenschen Untergerichtsordnung vom 5. Novbr. 1753 scheint freilich den Begriff der

*) Gesetzsammlung 1828. Dritte Abthl. pag. 170. 171.
Wir glaubten, die alte Bremen-Verdensche Untergerichtsordnung sey durch die neue allgemeine Untergerichtsordnung in jeder Hinsicht abrogirt; namentlich durch das Publicationspatent vom 5. Octbr. 1827. Wir sehen aber aus der oben citirten Verordnung vom 17. Octbr. 1828, daß dieß bey diesem und jenem Punkte, über welchen die neue allgemeine Untergerichtsordnung nichts enthält, entweder entschieden nicht der Fall, oder wol controvers geworden seyn wird, wie denn jenes auch schon die Durchsicht der ersten Titel des alten Statuts ergiebt. Eben so bey der Osnabrückschen Concursordnung und den Hessischen Verordnungen! Es ist wahrlich nicht so leicht, wie Mancher zu glauben scheint, in einem Lande, welches viele intricate Statuten hat, allgemeine Gesetze zu geben. Die Baiern können auch ein Liedchen davon singen.

Bestellung der öffentlichen Hypothek als die Eintragung mit umfassend in einigen Ausdrücken festzuhalten. Bey genauerer Untersuchung ergiebt sich jedoch, daß auch sie bloß von der Eintragung handelt. Hätte sie indeß auch beide Begriffe und beide Operationen in eins verschmolzen, so wäre dieß nach dem, was wir oben im §. 34. ausgeführt haben, für die Herzogthümer Bremen und Verden nicht gleich unpassend gewesen, weil nach den dortigen Verordnungen vom 26. Decbr. 1741 und vom 7. Juni 1748, auf welche leider in jener Declaratoria nicht recurrirt ist, die Constitution der Hypotheken schon damals durchgehends in foro rei sitae geschehen mußte, mit einziger Ausnahme der canzleysässigen Personen, welche nichteremte Grundstücke besaßen, wo auch die Constitution an die Canzley gewiesen war nach dem Buchstaben der Verordnung und nach der Ansicht vieler Geschäftsleute.

Dieß Letztere ist nun auch abgeändert, und das forum rei sitae greift allenthalben, auch in jenen beiden Provinzen, durch *).

Hier kann also gar keine öffentliche Hypothek an unbeweglichen Sachen vorkommen, welche nicht in foro

*) Dasselbe ist mittelst hohen Ministerialrescripts vom 18. August 1829 entschieden hinsichtlich der ehemals Hessischen Parcelen im Canzleydistricte Göttingen, wo die Exemtion der Person die des Grundstücks hinsichtlich des Fori nach dem Rechte des Mittelalters, zufolge der Bestimmung der Sammt-Hof-, Gerichts-Ordnung de 1676 tit. VIII. §. 2. und der Unter-Gerichts-Ordnung vom 9. April 1732 Art. I. §. 2. bislang nach sich zog; die Inscription der Hypotheken muß ungeachtet der Schriftsässigkeit des derzeitigen Eigenthümers jetzt bey dem Unterrichter geschehen.

ingrossationis constituirt wäre, und nach der Verordnung vom 7. Juni 1748 sind Constitution und Ingrossation in einen Act und in eine Formel verschmolzen, und auch letztere geschieht in Gegenwart der beiden Interessenten (s. S. 178 ff.). —

Dieß ist aber da nicht möglich, wo das forum constitutionis von dem foro ingrossationis verschieden seyn kann, wie, von besonderen Statuten abgesehen, in den übrigen fünf Canzleydistricten des gemeinen Rechts.

Hinsichtlich dieser Canzleydistricte könnte also auch eventualiter jene declaratorische Verordnung vom 17. Oct. 1828 nicht mit der vom 13. Juni desselben Jahres auch nur analogisch combinirt werden, wenn sie auch nicht, wie wir annehmen müssen, nur von der Eintragung der Hypotheken eben so wie die Verordnung vom 13. Juni 1828 handelte, weil die erste Verordnung auf besonderem Provincialrechte ruhen würde, welches die andern Canleydistricte nicht haben, und sonst die Verordnung vom 13. Juni 1828 über den Haufen gestoßen, und gegen den Antrag der Stände die Constitution der Hypothek an das Forum der Ingrossation geknüpft werden würde.

Alle Argumentation von dieser Seite fiele also auch von selbst weg, wenn auch wirklich, wie nicht der Fall, jene Declaratoria etwas Abweichendes enthielte.

Durch die oben signalisirte fatale Vermischung der Begriffe und Ausdrücke hat die Hypothekenverordnung von 1828 etwas so Wackeliches in der ganzen Haltung bekommen, daß, wir bekennen es unverholen, ihr Sinn in dieser fraglichen Materie über unseren juristischen Witz, quem parvum esse scimus, weit hinausliegen würde, wenn ihm nicht zum Glücke noch die Erwiederung der Ständeversammlung, wie wir wenigstens hoffen, den Staar stäche.

Aber nicht alle Geschäftsleute des Landes können die Actenstücke der Ständeversammlung ohne erhebliche Kosten abreichen; nicht viele, glauben wir, lesen sie, und ob sie auch im glücklichsten Falle mit uns gleicher Ansicht seyn werden, das müssen wir dahin gestellt seyn lassen *). —

Wir fürchten, daß durch das Zusammenhalten der §§. 1 u. 4. der Verordnung eine gefährliche Controverse über die Nothwendigkeit der clausula intabulandi sich vielleicht bilden werde, und dann würde der Verwirrung kein Ende abzusehen seyn. —

Unserer Ansicht nach sind, vorbehältlich der etwa unten noch zu erwähnenden Modificationen, alle diejenigen Hypotheken, welche im Sinne des alten Rechts den Charakter der Oeffentlichkeit haben, inscriptionsfähig, sowol die vor als nach dem 1. Octbr. 1828 constituirten; kommt die clausula intabulandi hinzu, dann um so mehr. Nothwendig ist sie aber nach unserer Ansicht nicht, weil sie das alte Recht, der Form nach, wovon hier allein die Rede ist, nicht kannte.

Eine schwierigere Frage ist es, ob, wenn im Uebrigen die Hypothek den Charakter der Oeffentlichkeit im Sinne des alten Rechts nicht hat, sie alsdann durch die clausula intabulandi zur öffentlichen, im Sinne des alten Rechts, mithin inscriptionsfähig werde? — Also z. B. eine Privathypothek mit dieser Clausel, und durch diese allein.

Dieß wagen wir nicht mit Gewißheit zu entscheiden, weil kein ganz analoger Fall in dem Actenextracte vorkommt. Das Strubensche Bedenken 269. (II. 45.), welches wir im §. 20. (S. 97 ff.) geprüft haben, scheint dieß freilich bey vorhandener Zustimmung des Schuldners

*) Geschrieben 1829.

in die Ingrossation, zu bejahen, allein es handelt eigentlich nur von der alten Anmeldung der Hypothek bey städtischen Gütern, und die sollte ja die Qualität der Hypothek nicht afficiren und keine öffentliche Hypothek geben!

Daß eine Privathypothek durch die clausula intabulandi allein zur öffentlichen werde, das müßte also wol nach dem alten Rechte consequenter Weise bestimmt verneint werden. Selbst die Agnition, die hie und da statutarisch vorgeschriebene Confirmation, Anmeldung, Offenbarung, würden einem solchen Privatinstrumente, zufolge des Actenextracts, für sich allein die Kraft der Oeffentlichkeit nicht geben, wenn nicht noch die vis hypothecae publ., als eine Art juristischen Ochsenmarks, hinzukäme.

Dieß ganze Verhältniß ist nicht durchgearbeitet, und konnte nicht durchgearbeitet werden, weil man früher die formelle clausula intabulandi nicht kannte.

Indeß wird jenes alsdann wol angenommen werden können, wenn ein solches Instrument von dem Schuldner selbst zur Ingrossation überreicht wird, nach Hagemann Th. IV. Erörterung 59. pag. 303 Note a) und Eichhorn a. a. O. §. 187. 189 d. 3n Ausg.; (s. §. 23. S. 113 oben).

Ganz streng ist dieß aber auch nicht, weil ja nach dem alten Rechte die clausula intabulandi den Charakter der Oeffentlichkeit nicht giebt.

Noch zweifelhafter ist es, ob der Gläubiger, wenn er auch die clausula intabulandi hat, einseitig eine recognoscirte Privathypothek ingrossiren lassen könne, gerade weil sie nicht die Rechte der Oeffentlichkeit nach altem Rechte in diesem Falle giebt. Der Schuldner könnte sich also immer noch seiner Verbindlichkeit entziehen, oder er müßte erst zur Ingrossation condemnirt werden.

Folgt man der anderen Ansicht, daß die clausula intabulandi die Kraft der Oeffentlichkeit und nicht allein ein Recht auf die Ingrossation gebe, sondern sogar die einzige, aber nothwendige Bedingung derselben sey, so sind 19/20 aller alten Obligationen gewiß nicht inscriptionsfähig, und ein großer Theil der neuen wird es auch nicht seyn, da viele Geschäftsleute unsere Ansicht theilen, daß jene Clausel nicht nothwendig sey, und dieselbe nicht mit in die Obligationen aufnehmen. Kaum die Hälfte der neuen Obligationen, welche wir gesehen haben, enthält sie.

Wir wollen aber bey der weiteren Verfolgung dieser Untersuchung von dieser Ansicht, nämlich der Nothwendigkeit der clausula intabulandi, aus den obigen Gründen abstrahiren.

Wir setzen also, vorbehältlich der etwaigen Modificationen, unsere Position dahin, daß die Verordnung diejenigen Hypotheken für inscriptionsfähig erklärt, welche jure antiquo öffentliche sind.

Wir sagen hier mit wenigen Worten sehr viel, indem wir dadurch den obigen Actenextract mit allen seinen Controversen und Untiefen (wie im Sächsischen Productionsverfahren: absentem tanquam praesentem,) ganz wieder produciren.

Wie unendlich viel dieß sagen wolle, das möge der geneigte Leser selbst ermessen; uns fehlt zum Rückblicke die Kühnheit; Loths Ehefrau bekam er übel; möge der geneigte Leser gewarnt seyn. Es ist bey schwierigen und mühsamen Untersuchungen traurig, wenn man den Leser in ein Minoisches Labyrinth hineinführen muß; die Freude ist aber auch groß, wenn man ihn alsdann wieder herausführen kann; unsere Aufgabe war trauriger, den Leser in ein

Labyrinth hinein, und dann ihn wieder in dasselbe Labyrinth zurückführen zu müssen.

Wir finden hier also zuerst den früheren verwirrten Zustand durch ein förmliches Landesgesetz in seinem ganzen Umfange sanctionirt, da es zweifelhaft ist, wie weit die transitorische Verordnung hinsichtlich des Begriffes der Oeffentlichkeit geht; es ist mithin auch wol die Möglichkeit einer besseren dereinstigen Praxis abgeschnitten; es sind nicht nur alle früheren Zweifel geblieben, sondern das Vorhergehende, noch mehr aber das Nachfolgende, wird ergeben, daß noch eine Anzahl erheblicher Controversen hinzugekommen sind.

§. 48.

Prüfen wir zu diesem Zwecke nun noch in aller Kürze, ob die Verordnung nicht indirecte an dem alten Begriffe der Oeffentlichkeit der Hypothek etwas geändert habe, abgesehen davon, daß bloß durch die Eintragung der Hypothek künftig allein die Kraft der Oeffentlichkeit gewonnen werden kann.

Die alte Oeffentlichkeit ist jetzt bloß gleich der Ingrossationsfähigkeit, und in diesem Sinne nehmen wir sie. —

Die Absicht der Verordnung, wenigstens der Ständeversammlung, war gewiß, wie die „Erwiederung" ergiebt, gar nichts zu ändern; allein wir haben schon gesehen, wie leicht aus der Verordnung die clausula intabulandi sich entwickeln kann, nämlich neben dem Begriffe der alten Oeffentlichkeit, und ohne sie als nothwendig zu postuliren. Die andere Möglichkeit der Wendung lassen wir ganz aus dem Spiele. Thut sie jenes wirklich, und sie

hat es jetzt 1832 bereits hinlänglich gethan. Da Gelegenheit Diebe macht; so kann man überzeugt seyn, daß ein ganzer Haufen von Controversen aus diesem Verhältnisse sich darüber entwickeln wird, was für einen Effect jene Clausel habe, nicht bey den Hypotheken, welche unzweifelhaft schon öffentliche Hypotheken im Sinne des alten Rechts sind, denn hier vermehrt sie nur deren Ingrossationsfähigkeit, sondern bey bloßen Privathypotheken, bey der bloßen Anmeldung, Offenbarung, Agnition, Confirmation, und überhaupt da, wo ein Minus an der alten Oeffentlichkeit verspürbar ist.

Hoffentlich wird man indeß annehmen, daß, wenn sie zu jenen vier Fällen hinzukommt, sie immer die Ingrossationsfähigkeit gebe.

Streng genommen würde die clausula intabulandi in jenen vier Fällen die Ingrossationsfähigkeit der Hypothek freilich in nichts vermehren, weil sie nach altem Rechte, wie wir glauben, die Kraft der Oeffentlichkeit nicht giebt, und ja darauf allein der Begriff der Ingrossationsfähigkeit gebauet ist; das Hypothekenbuch bliebe also auch in jenen so sehr häufigen Fällen bey vorhandenem öffentlichem Instrumente und bey der Einwilligung des Schuldners in die Ingrossation verschlossen.

Allein außer der Jurisprudenz giebt es auch noch so etwas, was man gesunden Menschenverstand nennt, welcher sich niemals ganz beseitigen läßt, und, gestützt auf diesen gesunden Menschenverstand, nehmen wir gegen die juristische Logik an, daß eine jede Hypothek in einer öffentlichen Urkunde, juncta clausula intabulandi, auch auf einseitigen Antrag des Gläubigers ingrossationsfähig sey, wenn nur die etwa erforderliche Confirmation, Anmel-

dung ꝛc. gewahrt ist. Dieser Satz ist von den erheblichsten und heilsamsten praktischen Folgen!

Das alte Hannöversche Formelnwesen, hinsichtlich der hypotheca publica, wird durch die clausula intabulandi von selbst absorbirt, wie das Mosaische Formular- und Disciplinargesetz durch das Evangelium, die Philosophie durch die Offenbarung, oder, um bey unserem Leisten zu bleiben, das Römische dornenvolle Formelnwesen *), durch die spätere formlose Procedur ad protocollum, von welchen Dingen wir leider nur wie der Blinde von der Farbe und in respectvoller Ferne reden.

Sonst kommen wir zu dem Resultate, daß, wenn auch beide Interessenten die Ingrossation wollen, dieß nicht entscheidend ist, sondern das Hannöversche Formelnwesen, welches niemand versteht.

Dagegen haben wir schon oben unsere Zweifel ausgedrückt, ob die bloße Privathypothek in instrumento privato juncta clausula intabulandi die Ingrossationsfähigkeit gebe. Das Instrument muß wenigstens erst recognoscirt werden von dem Schuldner bey dem Hypothekenbewahrer, oder nöthigenfalls im gewöhnlichen Verfahren, wenn der Schuldner sich bey dem Hypothekenbewahrer nicht sistiren und gehörig praestanda prästiren will, und alsdann tritt das Obige ein.

*) Ars non habet osorem nisi ignorantem!

Wer wird uns für die gerichtliche Procedur den tiefen politisch-juristischen Sinn des Römischen Formelnwesens aufschließen? Wer das 4te Buch des Gajus in legislativer Hinsicht für den Proceß commentiren? Warum säumt die rechtshistorische Schule?

Einstweilen liegen unsere Collectaneen dazu seit 10 Jahren im Staube, und vor Staub haben wir allen möglichen Respect!

Daß die Recognition von dem Hypothekenbewahrer nicht erzwungen werden kann, versteht sich wol von selbst; dieß ist Sache des ordentlichen Richters. —

Auch hier wird es recht fühlbar, wie sehr nothwendig es gewesen wäre, die causae cognitio des Hypothekenbewahrers von der gewöhnlichen Jurisdiction abzumarken, welche ja beständig, nach dem auch im Hannöverschen eingeschlagenen Wege in Creditsachen, in einander greifen müssen.

Die Preußen und die Baiern, welche auch einen cognitor hypothecarius auf ihre Weise haben wollten, versuchten es wenigstens, seine Gewalt von der des ordentlichen Richters abzumarken.

Man irrt sich, wenn man glaubt, daß die Grenze so leicht zu finden sey, daß Alle sie treffen werden, denn der Grad der juristischen schöpferischen Geschäftskraft ist sehr gering, und wie wenige Hannöversche Hypothekenbewahrer werden es für nothwendig halten, sich durch die Preußische Hypothekenordnung und ihre Commentatoren belehren zu lassen, und nicht alle werden wol den Tact haben, das für uns Anwendbare von dem Nichtanwendbaren abzusondern. —

Sodann treten noch zwei Bedenklichkeiten hervor, wenn man in der Einleitung der Verordnung die Worte „Bestellung öffentlicher gerichtlicher Hypotheken" findet, und im §. 4. liest, daß die causae cognitio insbesondere auf die Absicht, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, gerichtet werden soll. —

Wir fragen, soll die obige Bezeichnung cumulative, oder bloß appositive und demonstrative gemeint seyn, so daß das Wort „öffentlich" eigentlich überflüssig wäre.

Wir nehmen freilich das Letztere an, auch ohne Klammern, so wie, daß es gewiß nicht die Absicht der Verordnung ist, den gerichtlichen Obligationen, wenn sie auch nicht als öffentliche bezeichnet sind, den Charakter der Oeffentlichkeit zu nehmen, sondern bloß ihr Forum hinsichtlich der Eintragung zu reguliren. Wir fragen aber, wie viele Geschäftsleute, und namentlich Hypothekenbewahrer, jetzt zweifelhaft seyn mögen, ob, wenn eine simpliciter im Gerichte constituirte Hypothek vorliegt, alsdann der Schuldner nicht noch besonders ad protocollum vernommen werden müsse, ob er die Absicht gehabt habe, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen; ja selbst alsdann, wenn eine solche Hypothek in der Obligation schon als öffentliche bezeichnet ist, weil etwa die Absicht nicht bestimmt aus dem Instrumente hervorgeht, eine solche constituiren zu wollen?

Was vorher nur einige Zweifler thaten, was auf gar keiner Praxis der höheren Gerichte beruhte, daß die gerichtlichen Hypotheken noch besonders als öffentliche, oder als gerichtliche, oder als beides zusammen constituirt und confirmirt wurden, das wird jetzt jeder mit der Ungewißheit der menschlichen Ansichten bekannte Geschäftsmann thun, um sich und seine Geschäfte vor möglichem Unglücke zu hüten, weil er in der Einleitung der Verordnung die beiden unglücklichen Worte neben einander erblickt.

Wollte man einmal die Privat-, die gleichsam-öffentlichen, die Notariats-, die gerichtlich angemeldeten, offenbarten, confirmirten und agnoscirten Hypotheken in statu quo lassen, wie solche ein Theil der früher extrahirten Präjudizien charakterisirt, und sollte sich nur darauf die Verordnung hinsichtlich der Prüfung des animus beziehen;

so war es gewiß rathsam, die ausdrückliche Clausel einzurücken, daß es der vorgeschriebenen Prüfung in dieser Hinsicht bey den gerichtlich constituirten gar nicht bedürfe, weil sie schon für sich öffentliche seyen, mithin auch die Absicht des Schuldners, eine öffentliche Hypothek constituiren zu wollen, durch den Act selbst schon hinlänglich constire.

§. 49.

Wir haben die beiden obigen §§., so wie diese ganze Ausführung im Wesentlichen im Winter 1829 — 30 niedergeschrieben, wie uns unser verehrter Freund und Revident der Justizrath Dr. Planck nöthigenfalls bezeugen kann, und auch schon in dem ersten Hefte des Werks haben wir darauf aufmerksam gemacht, wie bedenklich die Stellung der claus. intabulandi zu dem Begriffe der öffentlichen Hypothek im Sinne des früheren Rechts werden würde. Was wir damals mit dem Blicke in die Zukunft nur ahndend vorhersagen konnten, das können wir schon jetzt, nachdem kaum zwei Jahre verflossen sind, in die Annalen der Vergangenheit eintragen.

Nichts ist jetzt im Hannöverschen Rechte controverser, als der Begriff der Ingrossationsfähigkeit der Hypotheken, als die Stellung der neuen, sich immer mehr entwickelnden clausula intabulandi zu dem alten Begriffe der Oeffentlichkeit sowol hinsichtlich der vor als der nach dem 1. Oct. 1828 aufgenommenen Obligationen, kurz, ob der obige §. 46. oder der §. 47. die Zweifels- oder die Entscheidungsgründe enthalte. Das Land ist davon voll, der Credit dadurch aufs Neue erschüttert, die Ungewißheit, die Verwirrung, die Anhaltslosigkeit, das Schwanken fast ohne gleichen. Kämen alle Thatsachen, welche auf jene Controverse

bey den gesammten Landesgerichten Bezug haben, zur öffentlichen Kunde; würden die Registraturen der gesammten Gerichte und der höchsten Landesbehörde in Justizsachen in jener Hinsicht geöffnet, und daraus eine praktische Summa gezogen, alsdann möchte vielleicht das Publicum einen Eindruck von dem Rechtszustande in der betreffenden Materie, die ein so entscheidendes Moment in Creditsachen enthält, bekommen, welcher ihm wahrscheinlich nicht angenehm seyn würde.

Einiges von diesen Zuständen kennen wir; anderes sagt uns die Nothwendigkeit der Entwickelung solcher Dinge in den juristischen Köpfen, und, wir glauben, auch jedem andern Geschäftsmanne, welcher der Langenweile unsers Buchs sich aussetzen will.

Wir heben von dem, was wir wissen, nur einige und zwar durch den Druck dem Publico bereits öffentlich bekannt gewordene Hauptfacta heraus, und hoffen, daß die Hannöverschen Hypothekenbewahrer durch die schleunige Bekanntmachung der ihnen vorliegenden Facta und der von ihnen angenommen Maximen die Sache zu einer baldigen gedeihlichen Krisis weiter fördern werden.

Das erste Factum ist die Bekanntmachung der Königl. Justizcanzley in Hannover vom 26. April 1830 *). Hier ist sie selbst:

„Nachdem öfters vorgekommen, daß Gläubiger, welchen von ihren Schuldnern vor dem 1. Octbr. 1828 gleichsam öffentliche Hypotheken bestellt worden, es für genügend gehalten haben, die darüber sprechenden Documente hier ein-

*) s. die Hannöverschen Anzeigen, das Kattegat und Endresultat der Hannöverschen Jurisprudenz, für uns der gewöhnliche Mohnkopf vor dem Schlafengehen, vom 28. April 1830. № 34.
Wir haben schon in unserm ersten Hefte auf jenes Publicandum unter den Berichtigungen Bezug genommen.

zureichen, um die Eintragung solcher Hypotheken und damit ihre Verwandlung in öffentliche Hypotheken in Gemäßheit des §. 8. der Verordnung vom 13. Junius 1828 zu erwirken: so werden alle diejenigen, welche inskünftige wegen einer solchen Umschreibung hier einzukommen sich gemüßiget sehen sollten, darauf aufmerksam gemacht, daß sie, um diesen Zweck zu erreichen, entweder ihren Schuldner vor Gericht zu sistiren haben, damit derselbe seine Einwilligung zur Ingrossirung der von ihm früher bestellten gleichsam öffentlichen Hypothek in die gerichtlichen Hypothekenbücher ertheile, oder eine schriftliche, beglaubigte Erklärung desselben gleichen Inhalts neben der ursprünglichen Schuldurkunde zu produciren haben."

Hannover, am 26. April 1830.

Königl. Großbritannisch = Hannoversche Justiz = Canzlei.

v. Hinüber.

Aus dem obigen Inserate ergiebt sich unzweifelhaft, daß die Inhaber der vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten notariales und quasi publicae „öfters" (und wir möchten gern wissen, wie oft?) der Ansicht gewesen sind, welche wir oben im §. 37. als die unsrige ausgeführt haben, nämlich, daß ihren Hypotheken durch die Verordnung von 1828 die Kraft der Oeffentlichkeit nach dem alten Rechte nicht genommen, und daß diese jetzt = der Ingrossationsfähigkeit sey, wogegen das betreffende Königl. Obergericht die entgegengesetzte Ansicht sich zu eigen gemacht hat, und auch bey jenen Hypotheken die formelle clausula intabulandi fordert, an welche vor der Publicirung der fraglichen Verordnung niemand dachte.

Daraus folgt denn als praktisches Resultat, daß die fraglichen, bey dem betreffenden K. Obergerichte zur Ingrossation producirten, Hypotheken, deren Anzahl nach Röm. Com=

putation wol nicht viel unter einer Legion seyn wird, sich sämmtlich einer Novation, wenigstens in der Form, und den damit verbundenen Kosten und Arbeiten unterwerfen müssen, wenn sie inscribirt werden sollen. Falls der Schuldner dieß nicht will, so hat er Kündigung, und eventualiter Klage und Execution zu erwarten, da gewiß kein Gläubiger so thöricht seyn, und den guten Rath in der Verordnung: „daß er für seine fernere genügende Sicherheit vor dem 1. Octbr 1833 selbst sorgen möge," unberücksichtigt lassen wird.

Wir fügen zu den von uns oben §. 47. ausgeführten Gründen hier nichts mehr hinzu, bemerken jedoch, daß es dem juristischen Publico gewiß sehr angenehm seyn würde, wenn der etwaige Inhalt der Officialacten, aus welchen jene Bekanntmachung als Resultat wahrscheinlich geflossen seyn wird, durch den Druck, etwa in den Anzeigen oder in der juristischen Zeitung, baldigst bekannt gemacht würde, weil man erst alsdann wird übersehen können, auf welche Entscheidungsgründe die obige Bekanntmachung gebaut ist. Die ganze Welt ist ja jetzt neugierig, wie bey einer Schwangerschaft, und in solchen Fällen ist ja ihre Neugierde gewiß eben so sehr durch materielle Interessen begründet, als durch die Unverfänglichkeit des Wunsches entschuldigt.

Zur Nachricht und Beruhigung für das juristische Publicum bemerken wir noch, daß die Königl. Justizcanzley zu Göttingen gerade entgegengesetzte Ansichten befolgt, und eine jede hyp. notarialis und quasi publica zur Ingrossation zuläßt, welche nach dem alten Rechte den Charakter der Oeffentlichkeit hat. —

Dieser Ansicht wird auch wol, wenn uns unsere Conjectur nicht täuscht, die Majorität der Hannöverschen Hypothekenbewahrer seyn. —

Jeder mache seine Ansicht bekannt, um dem Publico die Gefahr der Ungewißheit zu ersparen, da der 1. Octbr. 1833 heranrückt.

Hätte der Concipient eine solche Hypothek, und es würde ihm deren Ingrossation abgeschlagen, so würde er sich nicht eher dabey beruhigen, als bis das höchste Landesgericht ihn von seinem Irrthume überzeugt hätte.

Dieselbe Ansicht ist in dem hohen Ministerialrescripte aus dem Königl. Justizdepartement vom 19. Decbr. 1828 an die Königl. Justizcanzley zu Osnabrück, die Anwendung der fraglichen Verordnung im Fürstenthume Osnabrück betreffend *), ausgesprochen.

Wir rücken solches, so weit es auf den fraglichen Gegenstand Bezug hat, als das Hauptactenstück über jenen Gegenstand hier gleichfalls mit dem betreffenden Berichte der Königl. Justizcanzley ein, und behalten dabey die Art des Abdruckes in der juristischen Zeitung in der Maße bey, daß wir den betreffenden Inhalt des Rescripts in den Text, den des Berichts aber in die Noten setzen.

„Hinsichtlich der einzelnen sub III. aufgeworfenen Fragen **), machen Wir die Herren darauf aufmerksam, daß

*) s. die Hannöversche juristische Zeitung № 5. den 1. März 1830. Wir bedauern nichts mehr, als daß nicht der ganze Bericht der Königl. Justizcanzley abgedruckt ist. — Man kann ja des Guten niemals zu viel bekommen.

**) „Ob es erforderlich ist, daß die vor dem 1. Octbr. 1828 vor dreien Männern errichteten, durch die Osnabrücksche Concursordnung §. 36. den gerichtlichen völlig und ausdrücklich gleich gesetzten Hypotheken zu Erhaltung ihrer Rechte eingetragen werden, oder ob sie hier, wo das Provinzialgesetz ihnen jene Rechte beilegte, und die Gläubiger diese Vorzugsrechte gesetzlich erworben haben, nicht eben so wohl als die gerichtlichen

zufolge der Bestimmung des §. 8 in f. der Verordnung zusammen gehalten mit dem §. 4. derselben, um eine öf=

von der Eintragung befreiet sind? — ferner, ob diese Zeugen=Hypotheken, wenn sie der Eintragung unterworfen sind, auch invito debitore eingetragen werden können? — welche Wirkung die Eintragung der notariellen Hypotheken haben wird, wenn sie cum consensu debitoris eingetragen werden? — ob notarielle Hypotheken invito debitore ingrossirt werden können? — und welche Wirkung endlich eine solche Eintragung haben würde?

Alle diese Fragen beziehen sich auf den §. 8. der K. Verordnung vom 13. Juni 1828, im Verhältnisse zu den Vorschriften der Osnabr. Concursordnung wegen der öffentlichen und gleichsam öffentlichen Hypotheken. Jener §. 8. bestimmt, 1) daß die bis zum 1. Oct. 1828 gerichtlich bestellten Hypotheken öffentliche bleiben sollen und keiner Eintragung bedürfen; 2) daß die bis dahin bestellten hypothecae quasi publicae ihre bisherige Wirksamkeit bis zum 1. Oct. 1833 behalten, dann aber zu bloßen Privathypotheken herabsinken sollen. Zu diesen gleichsam öffentlichen Hypotheken rechnet das Gesetz theils die coram notario bestellten, theils die vor 3 Männern errichteten. In der Osnabr. Concursordn. §. 36. hingegen sind die vor 3 ehrbaren Männern errichteten ausdrücklich den gerichtlichen völlig gleichgestellt, und sie bilden nebst diesen und den legalen einfachen Hypotheken die erste Abtheilung der 3ten Classe der Concursgläubiger, welchemnächst erst, wenn jene völlig befriediget sind, die notariellen Hypotheken, als die zweite Abth. dieser Classe, nach ihrem Alter zur Befriedigung gelangen, denen sodann endlich als die dritte Abthl. die Privat=Conventional=Hypotheken nachgesetzt sind.

Wenn gleich nun wohl unbedenklich anzunehmen seyn mögte, daß durch den §. 8. der neuen Verordnung die gedachte Bestimmung der Concursordnung über die vor 3 Männern errichteten Hypotheken rücksichtlich der vor dem 1. Octbr. 1828 noch nicht existirenden Hypotheken dieser Art gänzlich außer Kraft gesetzt worden ist, mithin in Zukunft die Bestellung ei=

fentliche Hypothek im Sinne dieses Gesetzes sich zu verschaffen, der Inhaber einer auf die Dauer

ner Hypothek vor 3 Männern nicht einmal den Beweis der Absicht des Pfandbestellers, eine öffentliche Hypothek einzuräumen, ersetzen kann, sondern diese Absicht anderweit erhellen muß, ehe der Richter zur Eintragung schreiten kann: so scheint hingegen die Frage nicht zweifelsfrei zu seyn, ob in Folge der neuen Verordnung auch die schon vor dem 1. Oct. 1828 vor 3 Männern errichtet gewesenen Hypotheken als bloße quasi publicae hypothecae zu behandeln sind, mithin nur bis zum 1. Oct. 1833 ihre Wirksamkeit behalten, und nach diesem Zeitpunkte zu bloßen Privathypotheken herabsinken, oder ob sie auch nach dem 1. Oct. 1833 ihren früheren Rang als öffentliche Hypotheken beibehalten und der Eintragung nicht bedürfen? Auf der einen Seite steht die allgemeine Fassung des Gesetzes, die keiner Ausnahme Raum zu geben scheint, der längeren als 5jährigen Fortdauer dieser Hypotheken in ihrer bisherigen Kraft entgegen; auf der anderen Seite aber entgegnet man, daß das Gesetz, unter dessen Schutze sie bestellt worden, sie eben so wohl, als die gerichtlichen, zu den öffentlichen Hypotheken zähle, mithin durch dieselben die Gläubiger öffentliche Hypotheken einmal erworben hätten, auf welche das neue Gesetz, welches nur gleichsam öffentliche Hypotheken vor Augen gehabt habe, nicht passe. Mag indeß auch dieser Zweifel bei der klaren Absicht des Gesetzes, nur den gerichtlich bestellten Hypotheken ohne Zeitbestimmung ihre bisherige Wirksamkeit zu lassen, unerheblich erscheinen: so entsteht dann doch ferner die Frage: ob zur Eintragung der vor dem 1. Octbr. 1828 vor 3 Männern errichteten Hyp. auch der Consens des Pfandschuldners, den dieser vielleicht, z. B. wenn er nicht dispositionsfähig ist, nicht einmal ertheilen kann, erforderlich ist, oder ob auch ohne oder gegen dessen Willen die Eintragung geschehen kann? Für die erstere Ansicht spricht der Umstand, daß sie eine öffentliche Hypothek im Sinne des neuen Gesetzes nicht sind und der §. 4. voraussetzt, daß die Absicht, eine öffentliche Hyp. im Sinne dieses Gesetzes zu bestellen, erweislich

der 5 Jahre beschränkten Notarial- und Zeugen-Hypothek, dazu der Einwilligung seines Schuldners bedürfe, und daß jede öffentliche Hypothek, die nach der Verordnung vom

vorliege. Für die andere Ansicht spricht hingegen der Umstand, daß der Schuldner bei der Errichtung einer solchen Hyp. wirklich die Absicht, eine öffentliche Hyp. mit allen Wirkungen einer gerichtlichen einzuräumen, deutlich an den Tag gelegt hat, weil das ältere Gesetz selbst eine solche Hyp. der öffentlichen völlig gleichstellt und sogar eine öffentliche nennt, so daß durch eine nunmehrige Eintragung derselben nur das bisherige Recht erhalten, nicht aber neue Rechte, wie es bei den gleichsam öffentlichen der Fall seyn würde, ertheilt werden sollen.—

Anders verhält sich die Sache bei den notariellen Hypotheken. Denn die Concursordnung zählt dieselben weder zu den öffentlichen Hypotheken, noch setzt sie dieselben den letzteren gleich (wie dies bei den vor 3 Männern errichteten und den einfachen Legalhypotheken der Fall ist), sondern läßt sie erst dann, wenn die gerichtlichen nebst den vor 3 Männern errichteten und die einfachen legalen sämmtlich befriedigt worden sind, zur Befriedigung gelangen (§. 33.). Sie erscheinen daher bloß als bevorzugte Privathypotheken, die deshalb in der Befriedigungsordnung den simplen Privathypotheken vorgezogen werden, weil ihre Bestellung und ihr Datum durch ein beglaubigendes Document erwiesen sind. Von dem Aussteller einer solchen Hyp. kann daher nicht gesagt werden, daß er die Absicht, eine öffentliche Hyp. zu bestellen, gehabt habe. Hiernach möchte denn der Richter wohl auf keinen Fall für berechtigt zu halten seyn, notarielle Hypotheken ohne Zustimmung des Pfandschuldners auf des Gläubigers einseitigen Antrag einzutragen.

Da sich indeß bei diesem Gegenstande Zweifel und Bedenken noch immer aufwerfen lassen werden, so schien zur Beruhigung der dabei Interessirten und zur Vermeidung unnützer und kostspieliger Weiterungen eine nähere gesetzliche Bestimmung darüber wünschenswerth zu seyn.“

13. Juny d. J. bestellt werden soll, auch nach den Normen sich richten müsse, welche dieses Gesetz vorschreibt.

Da aus diesem leitenden Grundsatze sich Unsere Ansicht über die aufgestellten Fragen ergiebt, so nehmen Wir Anstand, letztere einzeln zu beantworten.

Hinsichtlich der sub IV. vorgelegten Fragen *) müssen Wir ebenfalls auf das Gesetz hinweisen, übrigens aber dafür halten, daß die von ihnen besorgten nachtheiligen Folgen desselben sich nicht in der Maaße äußern werden, den betreffenden Gläubigern vielmehr in dem Zeitraum der fünf Jahre ein angemessener Termin gesetzt sey, um mit Umsicht, und ohne Besorgniß, die ihrer etwaigen fernern Sicherheit halber zweckmäßigen Maaßregeln wählen zu können. — — — — —

Die Bedenken, wodurch die Fragen sub VI. motivirt werden, betreffen zunächst nur Zweifel über die Wirksamkeit solcher Eintragungen, die sich in den auf Anlaß der Verordnung vom 23. August 1814 angelegten Hypothekenbüchern bereits befinden, und so mögen Wir nur auf diejenigen Vorschriften im Allgemeinen verweisen, welche desfalls in dem transitorischen Gesetze enthalten sind. Wir bemerken daneben nur noch, wie die Absicht der Verordnung vom 13. Juny d. J. keinesweges dahin geht, eine vollständige Regulirung des Hypothekenwesens oder der bereits vorhandenen hypothekarischen Eintragungen anzuordnen, und hegen übrigens die Ansicht, daß die in dem §. 8. der Verordnung enthaltene Vorschrift über eine 5jährige Fortdauer

*) „In Betreff des den vor dem 1. Oct. 1828 vor 3 Männern, oder vor Notar und Zeugen errichteten Hypotheken, wenn solche ingrossirt werden, beizulegenden Ranges, so wie in Betreff der Sicherungsmittel für den Fall, wenn die mit solchen Hypotheken versehenen Forderungen nicht gekündiget oder nicht eingetragen werden können?“

der notariellen Hypotheken, auf diejenigen der letzteren keine Anwendung finde, die während der Usurpationszeit bestellt, und gehörig eingetragen, dem gemäß durch die transitorische Verordnung mit einer bestimmten Rangordnung versehen sind." — — — —

Wenden wir uns zuerst zu dem Inhalte des hohen Ministerialrescripts sub III et IV.

Niemand kann vor den Erlassen des hohen Königl. Justizdepartements einen größeren Respect haben, als der Verfasser dieser Schrift, welcher ja auch einen Posten, wenn gleich wol nur als Statist vel quasi, unter dessen Oberaufsicht bekleidet; wir fürchten aber nicht, den schuldigen Respect dadurch zu verletzen, daß wir bey bloß wissenschaftlichen Untersuchungen nach reiflicher Prüfung entgegengesetzter Ansicht sind, und diese in gebührender Submission aussprechen. —

Die Auctorität des Königl. Justizdepartements ist auch in solchen Sachen für uns immer billig die höchste; allein die gesetzgebende und selbst die declarirende Gewalt steht nur dem Könige und dem gesammten Königl. Cabinetsministerio unter theilweiser Concurrenz der Landstände verfassungsmäßig zu, wenigstens ist dieß bis in die Mitte des Jahrs 1832, wo die neue Verfassung noch nicht gegeben ist, nach den früheren Privilegien des Landes und nach der Deutschen Staats- und Rechts-Geschichte noch der Fall. Die Erlasse des Königl. Justizdepartements haben natürlich als Interpretationsmittel für die untergeordneten Behörden eine große Auctorität, aber nicht, um einen Römischen Ausdruck zu gebrauchen, legis vicem, wo nicht bloße reglementarische oder disciplinarische Verfügungen, sondern die eigentlichen Rechtsverhältnisse und jura quaesita der Unterthanen in Frage stehen. Wir wissen es wenigstens

nicht anders, und bitten dieß eventualiter als einen error facti und nicht juris anzusehen.

Der Hypothekenbewahrer kann also auch, wie wir glauben, die Frage, welche hypothekarische Obligationen ingrossationsfähig sind, oder nicht, ganz unabhängig nach seiner eigenen juristischen Ueberzeugung bis zu einer förmlichen Declaratoria der fraglichen Verordnung entscheiden, weil hier allerdings das materielle Recht und wohlerworbene Befugniße der Interessenten zur Entscheidung stehen. Auch haben Gesetze, so wie Decrete, nicht allein einen subjectiven, sondern auch einen, zuweilen davon abweichenden, objectiven Sinn, wie wir mehr als ein Mal gegen Entscheidungsgründe deducirt haben.

Wahrscheinlich ist auch die in dem hohen Ministerialrescripte enthaltene Ansicht, obgleich schon so lange dem Publico auf zuverlässige Weise bekannt geworden, nicht von allen Hypothekenbewahrern befolgt.

Dieß wird hoffentlich mehr als genügend zu unserer Excusation seyn.

In den Abschnitten sub III et IV. ist offenbar die Ingrossationsfähigkeit wenigstens der alten notariales und quasi publicae verneint, wenn nicht die clausula intabulandi von Seiten des Schuldners noch hinzukommt, mithin müßten die gesammten betreffenden Schuldverschreibungen in der Form gänzlich novirt werden, da der Bericht der Königl. Justizcanzley ergiebt, daß sie die clausula intabulandi nicht enthalten.

Jene Art von Hypotheken standen freilich nach dem Berichte der Königl. Justizcanzley allein zur Entscheidung, und darüber ist auch allein entschieden; allein die geistige Grundlage des hohen Ministerialrescripts und dessen Entscheidungsgründe passen ohne Zweifel auch auf

die alten vor dem 1. Octbr. 1828 bestellten gerichtlichen Hypotheken, so daß der gesammte Credit der Vergangenheit in so weit zur Frage steht, denn die Bestimmung des §. 8 in f. der fraglichen Verordnung, welche bloß von den notariales und quasi publicae spricht, ist mit dem §. 4. derselben Verordnung, welcher die Ingrossationsfähigkeit der gesammten Obligationen abmißt, zusammen gehalten, und dabey ausgesprochen, „daß jede öffentliche Hypothek, die nach der Verordnung vom 13. Juni 1828 bestellt werden soll, auch nach den Normen sich richten müsse, welche dieses Gesetz vorschreibt."

Es ist also offenbar, daß wir auch nach der hier höchsten Orts ausgesprochenen Ansicht, oben (S. 289 ff.) nicht ohne Grund behauptet haben, daß der fragliche §. 4. der Verordnung die Ingrossationsfähigkeit der gesammten sowol vor als nach dem 1. Oct. 1828 bestellten Hypotheken regulire, da die in dem hohen Ministerialrescripte gebrauchte Präposition „nach" ohne Zweifel dem Römischen secundum und nicht post entsprechen soll, weil ja die fraglichen notariales und quasi publicae schon vor dem 1. Oct. 1828 bestellt, aber nur noch nicht eingetragen sind, warum es sich ja allein handelt.

Ueber jene Auslegung des §. 4. der Verordnung können wir uns nur gar sehr freuen, weil gerade der Punkt, ob der §. 4. der Verordnung auch die Ingrossationsfähigkeit der alten, vor dem 1. Octbr. 1828 errichteten, Hypotheken regulire, nach unserer Meinung der zweifelhafteste Satz jenes Theiles unserer Ausführung ist. — Man hätte möglicher Weise nach dem Inhalte der Verordnung und nach der oben analysirten Entstehungsgeschichte derselben annehmen können, daß der §. 8. hinsichtlich der notariales und quasi publicae ein jus singulare enthalten solle, weil die

hinsichtlich dieser Art Hypotheken gebrauchten Ausdrücke fast eine jede mögliche Interpretation zuließen, namentlich die vorherige Hinzufügung der clausula intabulandi, oder die vorherige Umarbeitung jener Hypotheken in gerichtliche im Sinne des alten Rechts. Diese Ansicht wird aber entschieden abgeschnitten; der §. 4. soll die allgemeine Norm hinsichtlich der Ingrossationsfähigkeit sowol pro praeterito als futuro enthalten.

Die ganze Verschiedenheit der beiden Ansichten dreht sich mithin lediglich um die Frage, wie jener §. 4. auszulegen sey?

Wir haben aber schon oben im §. 47., wie wir glauben, hinlänglich gezeigt, daß jener §. den Begriff der Ingrossationsfähigkeit lediglich auf den Begriff der öffentlichen Hypothek im Sinne des alten Rechts und nicht auf die clausula intabulandi baue, und daß hinsichtlich der Formen der eigentlichen Bestellung der Hypothek an dem bisherigen Rechte gar nichts geändert sey; wenn man nicht annehmen will, daß die Amendements der Ständversammlung in einem ganz entgegengesetzten Sinne, als die Stände ihnen urkundlich beygelegt haben, zu Gesetzen erhoben werden können.

Wir können hier also nur in Submission auf die fragliche Ausführung Bezug nehmen, und nur unsere Freude darüber ausdrücken, daß das hohe Ministerialrescript, statt unsere Ansicht zu erschüttern, sie in soweit, für unsere subjective Ueberzeugung, nur noch corroborirt hat, daß der fragliche §. 4. auch auf die alten notariales und quasi publicae, so wie überhaupt auf die gesammten vor oder nach dem 1. Octbr. 1828 bestellten Hypotheken, als allgemeines Criterium der Ingrossationsfähigkeit, Anwendung habe.

Die ganze Differenz der Ansichten läuft also, wie wir glauben, praktisch darauf hinaus, daß das hohe Ministerialrescript die Einwilligung des Schuldners, die clausula intabulandi, bey allen sowol vor als nach dem 1. Octbr. 1828 aufgenommenen hypothekarischen Schuldverschreibungen zur Ingrossation derselben für nothwendig hält, wir dagegen nur eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts, eintretenden Falls gemildert durch die clausula intabulandi, unter Beyhülfe des gesunden Menschenverstandes (S. 316.).

Welche von diesen Ansichten sich am leichtesten und mit den geringsten Erschütterungen für den Privatcredit des Landes durchführen lasse, wird der geneigte Leser nach dem Obigen am besten ermessen können.

Wenden wir uns nun zu dem Inhalte des Berichts der Königl. Justizcanzley, ad III et IV.; so scheint es uns, daß die darin ausgesprochene Grundansicht über die Auslegung der Verordnung von 1828, namentlich des §. 4., mit dem Inhalte des hohen Ministerialrescripts im Wesentlichen dahin übereinstimme, daß jener §. 4. die Nothwendigkeit der clausula intabulandi, sowol bey den neuen als bey den alten Obligationen ausspreche.

Nimmt man diese Art der Interpretation an, so folgt alles Andere, wie es uns scheinen will, meistens von selbst, und eine Untersuchung darüber, was das alte Recht für eine öffentliche Hypothek gehalten habe, ist wol ziemlich überflüssig, weil es nicht mehr darauf, sondern auf den neuen durch die Gesetzgebung eingeführten Begriff der Ingrossationsfähigkeit ankommt.

Ueber dessen Gehalt haben wir uns bereits hinlänglich ausgesprochen.

Nach jener genommenen Grundlage möchten wol nur noch einige der in dem Berichte aufgestellten Fragen eine besondere Beantwortung verdient haben. —

Wir wollen deshalb die Folgerungen von jener Grundlage aus hier nicht besonders erörtern, sondern ziehen es vor, von der von uns als richtig angenommenen Basis bey der Beantwortung der in dem Berichte aufgestellten Fragen auszugehen, und die Folgerungen nach der andern Grundlage nur nebenbey zu berücksichtigen.

Ganz zweifelsfrei ist die Beantwortung einiger jener Fragen weder nach der einen noch nach der andern Grundlage, und dieß sehr natürlich, weil die Osnabrücksche Concursordnung, wie wir oben im §. 32. gesehen haben, manches Eigenthümliche hat, und dieß, mit Ausnahme des Charakters der Legalhypotheken, in dem Gesetze von 1828 leider nicht berücksichtigt ist. Die Verordnung hat nicht einmal die derogatorische Clausel. —

Wir nehmen nach unserer Grundlage an:

1) daß auch die in Gemäßheit der Osnabrückschen Concursordnung vor 3 Männern vor dem 1. Octbr. 1828 errichteten Hypotheken durch die fragliche Verordnung der Nothwendigkeit der Ingrossation unterworfen sind. Freilich gehören jene Hypotheken nach der Osnabrückschen Concursordnung §. 33. unzweifelhaft zu den öffentlichen; allein der Zusammenhang der Stelle ergiebt, daß jenes Gesetz die öffentliche Hypothek bloß nach der Prioritätskraft derselben abmißt, und dieselbe der notarialis und Privathypothek gegenüber stellt, denn auch die judiciales und tacitae werden zu den öffentlichen Hypotheken aus jenem Grunde mitgezählt.

Ob die vor 3 Männern errichteten Hypotheken in den Compendien als quasi publicae bezeichnet werden, scheint

uns ziemlich gleichgültig. Die Concursordnung gebraucht die Ausdrücke »quasi publica oder gleichsam=öffentliche" weder bey den notariales, noch bey den vor 3 Männern errichteten Hypotheken.

Ferner, hiervon abgesehen, werden die vor 3 Männern errichteten Hypotheken im §. 8. der Verordnung von 1828 freilich als gleichsam=öffentliche nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche mit bezeichnet; allein auch hier kommt es nicht auf den Namen, sondern auf die Sache an, und diese ist durch die Verordnung dahin regulirt, daß alle vor 3 Männern vor dem 1. Octbr. 1828 errichteten Hypotheken nur noch fünf Jahre ihre alte Kraft behalten sollen, wenn nicht eine gewisse nicht hinlänglich deutlich definirte Veränderung mit ihnen vorgeht.

Von dem Prioritätsrechte jener Hypotheken im Concurse nach diesem oder jenem Provinzialrechte spricht die Verordnung von 1828 nicht ausdrücklich und directe; sie bestimmt nur, daß jene Hypotheken ihre gesammte bisherige Wirksamkeit nur noch 5 Jahre behalten sollen. Die gleiche Prioritätskraft mit den gerichtlichen Hypotheken ist also gar kein entscheidender Umstand, und diese ist ja auch gemeinrechtlich in den anderen Provinzen, wenn sie keine besondere Statuten haben, bey dieser Art Hypotheken vorhanden; es mögen die notariales hinsichtlich der eigentlichen quasi publicae etwa classificirt werden, wie sie wollen.

Gerade da, wo sie eine gleiche Kraft mit den publicis haben, da ist die Nothwendigkeit der Ingrossation am wenigsten zweifelhaft.

Dasselbe Resultat ergiebt sich, wenn man von der in dem hohen Ministerialrescripte und dem Berichte enthalte=

nen Grundlage ausgeht, denn auch alsdann sind Absicht und Worte der Verordnung von 1828 in soweit klar.

Wir nehmen 2) nach unserer Theorie an, daß jene Art der Hypotheken auch invito debitore eingetragen werden können, und dieß hier um so mehr, da ja, wie wir oben §. 32. gesehen haben, das ganze Figment der vis hypothecae publ. der Osnabrückschen Concursordnung fremd ist.

Legt man dagegen den §. 4. der Verordnung von 1828 dahin aus, daß die Einwilligung des Schuldners zur Ingrossation selbst der alten vor dem 1. Octbr. 1828 errichteten Hypotheken nothwendig sey; so folgt von selbst, daß auch die vor 3 Männern errichteten Hypotheken invito debitore nicht ingrossirt werden können.

Wir nehmen 3) nach unserer Grundlage an, daß, nach den Worten der Verordnung, die Osnabrückschen notariales nicht ingrossationsfähig sind.

Wir haben schon im §. 32. (S. 173.) bemerkt, daß wir die Osnabrücksche Concursordnung und namentlich den §. 36. derselben nicht anders verstehen können, als daß die hypotheca notarialis weder eine öffentliche noch eine Privathypothek, sondern ein unglücklicher Zwitter zwischen beiden seyn soll.

Wir können deshalb auch, wie in dem Berichte geschehen ist, die notarialis für eine bloß bevorzugte Privathypothek nicht halten, um so weniger, da ja die Osnabrücksche Concursordnung im Wesentlichen auf die l. 11. C. Qui pot. etc., mit Unterschiebung dieses Zwitters und seiner schiefbeinigen Folgen, gebaut ist, und nicht auf das Deutsche Recht. Dieses wurde im Osnabrückschen in pto. hypothecae so gut als ganz verdrängt. Doch in verbis simus faciles!

Die Verordnung von 1828 fordert aber nach unserer Ansicht zur Ingrossationsfähigkeit die volle Kraft der Oeffentlichkeit des alten Rechts, hier ist aber nur die halbe vorhanden; also —!

Man kann hierauf freilich erwiedern, daß, wahrscheinlich aus juristischer Schamhaftigkeit, bey der Abfassung der Verordnung von 1828 an diesen juristischen Zwitter vermuthlich nicht gedacht sey, so wenig als überhaupt an die Fälle, in welchen die notarialis und die quasi publica zu der gerichtlichen Hypothek eine andere Stellung genommen haben, als die des gemeinen Rechts und der allgemeinen Hannöverschen Praxis ist. —

Es gestalte sich die Sache also bey einem Zwitter, der weder eine öffentliche noch eine Privathypothek sey, dahin, daß man die obige Frage mit gleichem Rechte bejahen und verneinen könne. Bey einer solchen Hypothek sey weder die Absicht vorhanden, eine öffentliche noch eine Privathypothek zu bestellen.

Ferner sey ja der §. 4. der Verordnung von 1828 lediglich von der Bestellung der Hypothek zu verstehen, und dem §. 8. sey ja wenigstens nach der Erwiederung der Ständeversammlung der Sinn beyzulegen, daß die notariales überhaupt ingrossationsfähig seyn sollten. Auf die volle Kraft der notarialis in pto. prioritatis komme es mithin nicht an, sondern lediglich darauf, ob die notarialis nach der Verordnung ingrossationsfähig sey, einerley mit welchem Effecte.

Ferner, da die Verordnung, nach der von uns angenommenen Interpretationsbasis, diesen Punkt übersehen habe, so sey der im Berichte bereits urgirte Grund entscheidend, daß man von der Legislatur wol nicht annehmen dürfe, daß sie ohne Noth jura quaesita habe kränken wol-

len, und hier sey keine Noth irgend einer Art vorhanden gewesen. Man müsse der Verordnung ja schon in mehr als einer Beziehung die l. 3. D. De constitutionibus etc. appliciren: Beneficium — — — quam plenissime interpretari debemus!

Warum also nicht auch hier?

Diese Gründe sind nach unserer Ansicht nicht ohne Schein; sie haben bloß den deutlichen Wortverstand der Verordnung gegen sich, nicht den Geist der Erwiederung der Ständeversammlung.

Will ein Hypothekenbewahrer im Osnabrückschen sich diese Ansicht aneignen, so wird ihn niemand deshalb zur Verantwortung ziehen können. Das factum ingrossationis giebt außerdem gar keine neue materielle Rechte, sondern conservirt nur die alten; wie soll also durch die Ingrossation ein Nachtheil erwachsen?

Wo in Statuten das Deutsche Recht die Grundlage bildet, das Römische Recht sich aber nur als eine Art Flötzgebirge angesetzt hat, und die notarialis und quasi publica in ihrer Wirkung beschränkt ist, sey es, daß sie entweder der öffentlichen Hypothek im Sinne des Deutschen Rechts bey der Collocation nur nachgesetzt wird, oder daß sie nur bewegliches Vermögen ergreift, da ist die Sache auch zweifelhaft, weil die Ingrossation den Charakter der Deutschrechtlichen Hypothek scheint nach sich ziehen zu sollen, und diesen Effect die fraglichen Hypotheken in den beiden bezeichneten Fällen gerade nicht hatten.

Allein dieß Letztere ist nach unserer Ansicht ein Trugschluß; der §. 4. der Verordnung von 1828 umfaßt nach unserer Auslegung gerade als Regel die durch die Praxis modificirte Römische öffentliche Hypothek, und nur als Ausnahme die statutarisch öffentliche, wo eine solche vor-

handen ist. Die Ingrossation der alten Hypotheken soll und kann keine neue Rechte geben, sondern nur die früheren conserviren; wird eine solche Hypothek ingrossirt, so behält sie nur, was sie schon hatte, und bekommt keinesweges die statutarischen Rechte einer Deutschrechtlichen Hypothek.

Alles kommt also nur darauf an, ob die betreffenden Statuten und der Gerichtsgebrauch einer solchen Hypothek, wenn sie auch hinter der Deutschrechtlichen collocirt wird, oder nur Mobilien ergreift, den Charakter der Oeffentlichkeit, wenn gleich nur im Sinne des Röm. Rechts, geben.

Kurz, unsere Ansicht ist diese: Nach dem §. 4 und 8. der Verordnung von 1828 sind die notariales und quasi publicae ingrossationsfähig schon für sich, wenn sie nach einem oder dem anderen Rechte die volle Kraft der Oeffentlichkeit hinsichtlich der Bestellung haben; haben sie nicht die volle, sondern nur die halbe Kraft, so ist die Sache zweifelhaft, und man kann es halten, wie man will.

Jedenfalls ist es unzweifelhaft, daß sie kein jus novum durch die Ingrossation acquiriren, sondern nur das alte conserviren.

Nimmt man die entgegengesetzte Theorie an, daß die fraglichen notariales und quasi publicae, wie wir sie eben im Gegensatze gegen die statutenmäßige Deutschrechtliche Hypothek und in Concurrenz mit derselben charakterisirt haben, nicht ingrossationsfähig seyen, so werden die Beinbrüche zahllos seyn, wie auch schon der Bericht hinsichtlich der Osnabrückschen notariales angedeutet hat.

Der Fall, wo die notarialis und die quasi publica statutarisch etwa nur die Rechte der Privathypothek hat, ist natürlich von selbst ausgeschieden, da selbst nach der Er-

wiederung der Ständeversammlung an deren Ingrossation nicht gedacht ist. —

Wir nehmen 4) unter Zugrundelegung unserer Theorie und nach der oben ausgeführten strengeren Auslegung des §. 4. der Verordnung von 1828, welche an dem Worte „öffentliche Hypothek" festhält, und die volle Kraft der Oeffentlichkeit fordert, an, daß die Osnabrücksche hypoth. notarialis, welche vor dem 1. Octbr. 1828 errichtet ist, durch die Hinzufügung der clausula intabulandi consequenter Weise nicht ingrossationsfähig werde, aus dem Grunde, weil sie durch die clausula intabulandi die Rechte der öffentlichen Hypothek im Sinne der Concursordnung nicht bekommen haben würde.

Eben so, wenn vielleicht nach etwaigen anderen Statuten, deren wir uns aber nicht erinnern, die notarialis oder quasi publica die volle Kraft der Oeffentlichkeit nicht, sondern nur die halbe haben sollten, womit aber die beiden oben angedeuteten Fälle ja nicht zu verwechseln sind, wenn sie nur hinter der Deutschrechtlichen Hypothek classificirt werden, oder nur an Mobilien Effect haben.

Wir haben aber schon oben gesehen, daß der gesunde Menschenverstand in einigen Fällen über die Jurisprudenz obsiegen müsse, und so nehmen wir auch hier nach unserer Theorie an, daß die clausula intabulandi, wenn sie zu solchen alten hyp. notariales und quasi publicae hinzugefügt wird, welche nach dem alten Rechte die volle Kraft der Oeffentlichkeit nicht haben, auch nach der obigen strengeren Interpretation des §. 4. solche ingrossationsfähig mache.

Wir nehmen 5) an, daß, wenn die fraglichen Osnabrückschen notariales und die etwaigen übrigen notariales

und quasi publicae, welche die volle Kraft der Oeffentlichkeit nicht haben, sich dennoch ingrossiren lassen wollen, sie alsdann nach der oben erörterten strengeren Auslegung des §. 4. der Verordnung von 1828 jedenfalls auch nach unserer Theorie die claus. intabulandi haben müssen.

Wir nehmen 6) als unzweifelhaft an, daß, wenn diejenige Auslegung des §. 4. der Verordnung von 1828, welche dem hohen Ministerialrescripte und dem Berichte der Königl. Justizcanzley zu Grunde liegt, richtig ist, alsdann die gesammten notariales und quasi publicae, sie mögen die volle oder nur die halbe Kraft der Oeffentlichkeit im Sinne des alten Rechts haben, nicht anders als mit Einwilligung des Schuldners ingrossirt werden können, daß diese Einwilligung in die Ingrossation alsdann aber auch genüge, weil sie nach jener Auslegung der Verordnung von 1828 in soweit die einzige Bedingung der Ingrossation ist. —

Wir nehmen 7) an, daß die zeitig geschehene Eintragung der notariales und quasi publicae, welche die volle Kraft der Oeffentlichkeit nach altem Rechte haben, diesen ganz ihre alten Rechte, namentlich ihren Concursrang, ohne allen Zweifel conservire, wenn man unsere Theorie befolgt; denn woher sollte hier eine Novation kommen?

Hält man dagegen auch bey diesen notariales und quasi publicae, welche schon nach dem alten Rechte die volle Kraft der Oeffentlichkeit haben, vor der Eintragung die Hinzufügung der clausula intabulandi für nothwendig; so kann sich leicht eine Controverse darüber entspinnen, in wiefern dadurch der vorige Charakter, die Kraft und der Concursrang der Hypothek afficirt werden.

Wir glauben dieß Letztere freilich nicht, denn jene Hypotheken haben schon die ganze Kraft der alten Oeffent-

lichkeit; erhöhet kann diese nicht mehr werden; kommt die clausula intabulandi und die Ingrossation hinzu, so wird jene Kraft aber auch gewiß dadurch nicht gemindert.

Diese Verminderung könnte nur dadurch geschehen, daß sie zuvörderst zu Privathypotheken degradirt, und dann wieder durch die clausula intabulandi und die Ingrossation zu öffentlichen Hypotheken erhöhet würden. Allein wir fragen, ob das Corpus juris, wir meinen den Geschäftsgeist der alten Röm. Juristen, welcher dasselbe auch als eine Art höheren Spiritus durchweht, bey einer solchen Operation sich nicht räuspern würde.

Wir sehen also das Ganze nur als eine öffentliche Registrirung an, welche das materielle Recht nicht ändert.

Ferner diejenigen Hypotheken anlangend, welche, wie die Osnabrückschen notariales, nur die halbe Kraft der alten Oeffentlichkeit haben, und als inconsequente Zwitter zwischen den öffentlichen und Privathypotheken stehen:

Gemindert wird ihre Kraft durch die clausula intabulandi und die Ingrossation gewiß nicht, wir bezweifeln es aber auch, daß sie dadurch vermehrt werde.

Die Präsumtion ist nicht dafür, daß dieß die Absicht der Interessenten sey, und die l. ult. C. De novationibus etc. steht entgegen, ein freilich absurdes Gesetz, da das Leben die Verhältnisse und uns selbst so oft tacite novirt.—

Das Obige möge denn überhaupt nicht bloß für den Canzleydistrict Osnabrück, sondern für das ganze Gebiet der Verordnung von 1828 gesagt seyn, daß durch die Hinzufügung der clausula intabulandi und durch die Ingrossation die alte Kraft der vor dem 1. Octbr. 1828 errichteten Hypotheken für sich allein nicht afficirt werde, selbst in den Fällen nicht, bey denen wir oben angenommen haben, daß der gesunde Menschenverstand die Jurisprudenz

ausnahmsweise einmal besiegen müsse. Alles bleibt also in dieser Hinsicht in statu quo! — Dieß würde selbst alsdann wol anzunehmen seyn, wenn wir die schöne l. 8. C. cit., auch eine Declaratoria, nicht hätten. Diesen Weg schlugen auch alle anderen Legislationen bey der Ingrossation der alten Hypotheken ein, so viel wir uns erinnern. Sie verwirrten nichts.

Auch steht jenes nicht im Widerspruche mit dem frühern Rechtszustande, denn wir hatten ja auch früher gerichtlich angemeldete, confirmirte, geoffenbarte und agnoscirte Hypotheken, welche nicht die Kraft der Oeffentlichkeit hatten, wenn sie selbst etwa in das damalige Hypothekenbuch eingetragen seyn sollten; warum also nicht auch jetzt solche inscribirte Hypotheken, welche nicht die volle Kraft der Oeffentlichkeit haben, vielleicht gar, wie die simpliciter confirmirten, nach der bisherigen Praxis im Effecte bloße Privathypotheken sind?

Freilich ist dieser Rechtszustand sehr schlecht, allein er ist gedenkbar.

Indeß ist dieß zweifelhaft, wenn die claus. intabul. hinzugetreten ist, da Ineleganz des Rechts immer Ungewißheit und Willkühr nach sich zieht. — Jedenfalls kann die Kraft der Oeffentlichkeit erst von diesem Hinzutreten an datiren.

Wir nehmen 8), nach unserer Theorie, gegen den Bericht, nicht an, daß nicht auch noch künftig im Osnabrückschen quasi publicae mit der alten Kraft der Oeffentlichkeit bestellt werden können, und daß diese nicht ingrossationsfähig seyen, da wir oben hinlänglich gezeigt haben, daß an der Art der Bestellung der Hypotheken durch die Verordnung von 1828 nichts geändert, und daß der Charakter der Oeffentlichkeit im alten Sinne des Worts der Ingrossationsfähigkeit gleich sey. —

Dieß gilt von allen notariales und quasi publ. im ganzen Lande, wo sie die volle alte Kraft der Oeffentlichkeit haben.

Ist dieß nicht der Fall, so tritt die obige Controverse ein, und jeder homo sanus wird sich hüten, wenn er eine ingrossationsfähige Hypothek gewinnen will, sich auf eine solche Art der Bestellung zu verlassen.

Geht man von der entgegengesetzten Theorie aus, der Nothwendigkeit der clausula intabulandi zur Ingrossationsfähigkeit, so ist die Sache von selbst klar.

Was endlich die Sicherheitsmittel betrifft, welche diejenigen notariales und quasi publicae, so wie auch die judiciales ergreifen können, welche nicht kündbar sind, und aus einem oder dem anderen Grunde für nicht ingrossationsfähig erkannt werden; so rathen wir ihnen, zur Beglückung der Menschheit (!) als Malcontente sich in die Gesellschaft Aide-toi, le ciel t'aidera aufnehmen zu lassen.

Ein Protestationsbuch kann da nicht angelegt werden, wo solches nicht bereits statutarisch vorhanden ist, z. B. im Bremischen und Verdenschen; hier ist das Sicherheitspflaster leicht geschmiert, da die dortige Verordnung vom 7. April 1769 jenes Protestationsbuch einer jeden liquiden Forderung oder stillschweigenden Hypothek öffnet, und die Privathypothek, die einzige, welche dort außer der gerichtlichen und der stillschweigenden noch vorkommen kann, gewiß nicht ausgeschlossen ist.

Die Verordnung von 1828 hat ein Protestationsbuch nicht eingeführt, und bekanntlich ist gewaltig sub judice lis, ob es rathsam ist.

Der geneigte Leser sehe selbst zu, ob ihm eins der anderen gewöhnlichen juristischen Sicherheitspflaster, als die lex Diffamari, oder Si contendat, oder die superbe clausula Rebus sic stantibus etc., welche längst durch die

Legislation hätte reformirt werden sollen, für seine wunden Stellen helfen kann.

Aide-toi, le ciel t'aidera!

Diese Maxime werden auch die Hannöverschen Geschäftsleute bey unvollkommenen Creditgesetzen zu befolgen haben, und wir hören mit Freuden, daß sie es zum Theil auf eine Weise thun, welche niemand a priori hätte ahnden können. —

Was den Inhalt des hohen Ministerialrescripts sub VI. betrifft, so bedauern wir sehr, daß die betreffenden, in dem Canzleyberichte enthaltenen Fragen nicht mit abgedruckt sind, wo wir alsdann ein zu prüfendes Detail haben würden. —

Gewiß ist es allerdings, daß die während der Herrschaft des Französischen Rechts gehörig constituirten und gehörig eingetragenen Hypotheken, nicht zu denen gehören, von welchen der §. 8. der Verordnung von 1828 spricht, denn die Eintragung in die Französischen Hypothekenregister hat ja, wenn wir hier bey einem Französischen Institute Kunstausdrücke des Deutschen Rechts gebrauchen dürften, die notariellen Hypotheken in gerichtliche schon umgewandelt, und die transitorischen Verordnungen haben ihnen diesen Charakter nicht entrissen.

Uebrigens ist es gar nicht leicht, zu bestimmen, wie die Kraft der vor der Herrschaft des Französischen Rechts bestehenden hypothekarischen Obligationen erst durch die Französische Inscription, sodann, mit sammt dem Zuwachse aus der Französischen Zeit, durch die transitorischen Verordnungen und ihren Anhang, und endlich durch die fragliche Verordnung von 1828 sich gestaltet hat. — Davon werden wir einiges in den nächsten Heften berühren.

Zehnter Abschnitt.

§. 50.

Dem Obigen wollen wir hier nun noch einiges von demjenigen hinzufügen, was der Zufall hinsichtlich der Frage von der Ingrossationsfähigkeit der Hypotheken in unsere Collectaneen hat hineinschneien lassen. Der Literator würde es eine Anthologie, der Oekonom ein Nachharkelse nennen; vielleicht kratzen wir aus diesem Wuste, wie der einfältig-glückliche Hahn, die unschätzbaren praktischen Perlen heraus.

Vorzüglich denn noch einige Worte über die Worte, wie auch in dieser Hinsicht aus der Verordnung nach einem oder dem anderen Interpretationssysteme möglicher Weise neue Schwierigkeiten erwachsen können, so wie noch einige Belege, daß wir nicht de lana caprina schreiben, durch die Fassung der Hannöverschen Obligationen selbst. Diese können es vollends ergeben, ob unsere Ausführung in der Luft oder in der Erde ihre Wurzeln hat.

Vor allen Dingen glauben wir unserm guten Freunde, dem Hypothekenbewahrer, im Allgemeinen als eine unab-

weichliche Richtschnur anheim geben zu dürfen, niemals eine Hypothek auf einseitigen Antrag zu ingrossiren, bey welcher nur irgend einmal eine Controverse nach dem alten Rechte obschwebte, ob es eine öffentliche sey, also keine bloß agnoscirten, confirmirten, angemeldeten, geoffenbarten, oder Notariats- und Zeugen-Hypotheken, ohne das Wörtlein „öffentlich," wenn nicht noch die clausula intabulandi hinzukommt, wo wir ja annehmen, daß der gesunde Menschenverstand über die Jurisprudenz obsiegen soll.

Will indeß der Hypothekenbewahrer gerade die entgegengesetzte Maxime befolgen, daß er alle diejenigen Hypotheken für ingrossationsfähig hält, welche irgend einmal in einem Präjudize für öffentliche Hypotheken im Sinne des alten Rechts erkannt sind, so können wir, des Evangelii eingedenk, unmöglich zuerst einen Stein auf ihn werfen, und eventualiter kann der Hypothekenbewahrer ein solches Präjudiz immer als einen sichernden Schild vorhalten, da nicht auszumitteln steht, wer unter den 7 Weisen Griechenlands der Weiseste war.

Ein Hannöverscher Geschäftsfreund sagt uns: „Früher enthielten meine Formulare zu den gerichtlichen Obligationen das Wort öffentlich nicht, sobald aber die Verordnung erschien, schob ich es gleich hinein."

Wer ganz vorsichtig gehen will, der schiebe wegen des Einganges der Verordnung, um der Schwachen willen, auch noch das Wort „gerichtlich" ein, sowol bey der Constitution als der Confirmation.

Im Jahre 1829 kam in einem Collegio bey einer in foro rei sitae constituirten Hypothek zur Sprache, daß solche später als den 1. Octbr. 1828 bloß als gerichtliche Hypothek cum clausula intabulandi constituirt sey.

Man hielt dieß mit Recht für genügend; eins der Mitglieder setzte aber hinzu: „bloß wegen der Intabulations-Clausel," wahrscheinlich annehmend, daß die alte Oeffentlichkeit schon in dem Acte selbst liege, und daß die neue aus §. 1. der Verordnung, wenn sie gefordert werden sollte, nichts anders als jene Clausel seyn könne.

Folgender Fall ist sehr gewöhnlich, und kommt oft bey einer constitutio in foro rei sitae vor: die Generalhypothek ist simpliciter ohne Zusatz bestellt; alsdann die Specialhypothek, als gerichtliche, oder als öffentliche, oder als beides zusammen; das Gesuch auf Eintragung oder Confirmation geht bloß auf die Specialhypothek, und die Confirmation wird auch nur hinsichtlich dieser ertheilt. Ist die Generalhypothek auch ingrossirbar nach dem Sinne der Verordnung?

Wir bezweifeln es nach unserer Theorie nicht, weil sie eine öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts ist, rathen aber, auch hier die Worte „öffentlich, gerichtlich" hinzuzufügen, und dieß ist auch einem Curator hinsichtlich der Aufnahme einer Obligation als Cautel aufgegeben.

Früher kam einmal eine conventionelle Hypothek vor, welche als gesetzliche in foro rei sitae constituirt war. Ist dieß im Sinne des alten und des neuen Rechts eine öffentliche gerichtliche Hypothek?

Wir bezweifeln auch dieß nicht, weil ein überflüssiger Nonsens nicht schaden kann, rathen aber, sich dessen künftig zu enthalten.

Genügt bey gerichtlichen Hypotheken die bloße Constitution ad effectum hypothecae publicae et judicialis, einzeln oder vereint, oder muß noch eine eben

solche Confirmation hinzukommen, also **mit** jenen Worten? Dieser Fall ist sehr häufig.

Nach unserer Theorie sind jene Worte hinsichtlich der in jure constituirten Hypotheken, sowol bey der Constitution als bey der Confirmation ganz überflüssig, wir rathen jedoch, sie bey **beiden** zu gebrauchen, oder die clausula intabulandi.

Ein Paar **einzelne** Fälle wollen wir noch aus vielen namhaft machen! Vom Amte Reinhausen liegt uns eine Obligation aus Diemarden vor vom 16. Octbr. 1819, in welcher es heißt:

„Zur Sicherheit des Gläubigers setze der Schuldner demselben nicht nur sein ganzes Vermögen im Allgemeinen, sondern auch insbesondere rc. **zur gerichtlichen Hypothek ein** rc."

Eine gleiche Art der Verpfändung steht in einer anderen Obligation vom 21. Octbr. ejusd. an. von demselben Amte und aus dem nämlichen Orte.

Dagegen heißt es in einer anderen Obligation auch daher vom 12. Juli 1819:

„Er setze zur Sicherheit seines Gläubigers sein gesammtes Vermögen zur Generalhypothek, insbesondere rc. zur **öffentlichen** und **gerichtlichen Specialhypothek** rc."

Eben so in einer anderen Obligation daher vom 12. April 1820.

Dieselben beiden Beamten hatten jene Obligationen unterschrieben, jedoch der 2te nur die 3 letzten, welcher wahrscheinlich das Wort „öffentlich" für nothwendig hielt, denn diese schöne Theorie nahm die Köpfe der jungen Geschäftsleute immer mehr ein.

Das Wörtchen „öffentlich" oder „gerichtlich" hielt man auch hier bey der Generalhypothek nicht für nothwendig.

Dagegen war in einer Obligation des Amts Friedland vom 5. Februar 1830, also nach dem Hannöverschen Hypothekengesetze, sowol die Constitution als Confirmation ganz simpliciter geschehen, so wie die sofortige Eintragung in das Hypothekenbuch ex officio, ohne clausula intabulandi.

Dieß Letztere ist im Canzleydistricte Göttingen gewiß noch bey der Hälfte aller Obligationen der Fall, ein sicherer Beweis, daß viele Geschäftsleute die Verordnung vom 13. Juni 1828 ganz anders auslegen als, wie es scheint, das hohe Königl. Justizdepartement.

Eben so war in einer Obligation des Gerichts Oldershausen vom 26. Febr. 1819 weder bey der Constitution der General- und der Special-Hypothek noch bey der Confirmation von dem Wörtchen „öffentlich oder gerichtlich" Gebrauch gemacht.

Ferner, zwei einseitige Schuldbekenntnisse von dem Gerichte Oldershausen am 4. Januar 1804 und am 13. May 1805 ad protocollum genommen, was wir nicht als eine gute Procedur empfehlen können, bloß cum hypotheca generali et speciali und dem Antrage auf gerichtliche Bestätigung, welche auch ertheilt war, jedoch simpliciter. — Das Wort „öffentlich" war nirgends gebraucht.

Diese Schuldbekenntnisse waren in das Französische, aber nicht in Gemäßheit der transitorischen Verordnung in das Hannöversche Hypothekenbuch eingetragen, so wenig als ein Drittes, ein sehr gewöhnliches Unglück, welches sogar proprio quodam jure Hannoverano Nullität der Hypothek nach sich zieht. Ein ander Mal von dieser schönen Singularität, welche den Privatcredit mit untergraben hat!

Aus anderen, aber auch aus jenem ersten Grunde wurden die beiden Schuldbekenntnisse zur Cession nicht angenommen.

Dagegen stehen die beiden obigen Wörtchen in dem gedruckten Formulare des Amts Westerhof, auf welches eine Obligation vom 22. Octbr. 1823 geschrieben war, und zwar sowol in Beziehung auf die General- als die Special-Hypothek.

Die Confirmationsclausel in dem Formulare geht dahin: Vorstehende Schuld- und Pfand- und Bürgschafts-Verschreibung wird hiemit gerichtlich confirmirt, insbesondere wird die bestellte Hypothek als eine gerichtliche und öffentliche bestätigt. —

Dieselbe Obligation ließ uns einen neuen Blick in die Verordnung über das Verbot aller Privateide vom 28. Decbr. 1821 thun. Gewiß eine sehr fromme und gute Absicht, allein unglücklicherweise — so realisirt, daß ein wahres Pultawa für den Privatcredit daraus erwuchs. Damit muß man die analogen Folgen des Darmstädtischen Contractenreglements aus dem 17ten Jahrhunderte vergleichen. Ein ander Mal davon!

Bey einer vor dem Gerichte Adelepsen 1821 bestellten Hypothek sind gar keine Floskeln gebraucht weder bey der Constitution noch bey der Confirmation; dagegen waren sie bey einer 1805 von den Schuldnern bloß zur Confirmation eingereichten Privatobligation sowol von dem Schuldner als dem Gerichte mit großer Cautel gebraucht.

In dem gedruckten Formulare des Gerichts Nörten geht die Constitution der Hypothek ungefähr dahin:

„Zur Sicherheit des Gläubigers wolle er demselben dafür cum claus. constit. poss. sein gesammtes Vermögen überhaupt zur öffentlichen gerichtlichen General-Hypothek setzen, zur Special-Hypothek aber ꝛc.“

Die Confirmation geht dahin: »In vim hypothecae publicae vel judicialis.«

Komisch war dabey in dem vorliegenden Falle noch, daß, ohne daß die Ehefrau ein Pfand, sondern bloß eine Bürgschaft errichtet hatte, es am Ende vor der Confirmation hieß:

„Endlich baten sie beiderseits, damit die constituirte Hypothek die Kraft einer öffentlichen erlangen möge, um die gerichtliche Confirmation."

Das gedruckte Obligationenformular des Amts Herzberg, von welchem ein im Jahre 1830 mit einer Obligation ausgefülltes Exemplar uns vorliegt, geht dahin:

„Damit nun der Gläubiger bey diesem Anlehn rc. gesichert seyn möchte, so setzen sie dafür ihre sämmtliche Habe und Güter, gegenwärtige und zukünftige, bewegliche und unbewegliche, zur öffentlichen und gerichtlichen Generalhypothek, specialiter aber verhypotheciren sie öffentlich gerichtlich rc."

Der Schuldner bittet alsdann um gerichtliche Bestätigung, und die Hypothek wird alsdann „als eine öffentliche und gerichtliche," bestätigt.

Man sieht, mit welcher Vorsicht man den Controversen aus der Verordnung von 1828 ausweichen wollte.

Die Obligation war ohne clausula intabulandi und ex officio eingetragen.

In einer Vermundschaftssache war eine Obligation, vom Amte zu S.... 1829 aufgenommen, und zur Prüfung eingereicht, in welcher die Constituirung der Hypothek in jure geschehen war, aber nicht als öffentliche Hypothek. Die Confirmation war dagegen in Kraft einer öffentlichen geschehen, und darauf die Obligation ingrossirt. Ersteres wurde noch gefordert, worauf der

Schuldner, ein alter Pensionär, welcher wahrscheinlich unser Buch anticipando gelesen hatte, in der späteren Erklärung ganz witzig äußerte, daß er geglaubt habe, eine gerichtlich constituirte Hypothek sey schon für sich eine öffentliche; indeß war das angebliche Versäumniß nachgeholt, und auch die Constitution in vim hyp. publ. geschehen. Da aber die Ingrossation schon früher, gleich bey der ersten Constitution, geschehen war, so war man einstimmig der Ansicht, daß die Ingrossation wiederholt werden müsse, weil durch die spätere Erklärung des Schuldners der Charakter der Hypothek, vielleicht zum Nachtheile anderer Gläubiger, mit rückwirkender Kraft nicht geändert werden könne.

Eben so wurde auch noch ein Hypothekenschein gefordert bis zu dieser letzten Ingrossation. Beides ist mehrere Mal geschehen.

Früher ist uns einmal ein altes, noch nicht getilgtes Chirographum aus dem Anfange dieses Jahrhunderts durch die Hände gegangen, in welchem eine öffentliche Hypothek bestellt war. Bevor die Agnition nicht geschehen ist, kann der Hypothek die Kraft der Oeffentlichkeit nicht beygelegt werden, weil diese wenigstens ein öffentliches Instrument voraussetzt; ist die Agnition geschehen, so sehen wir nicht ein, warum ein solches Instrument nicht ingrossationsfähig seyn soll. —

Die oben erörterten Grundsätze der Hannöverschen Praktiker, daß die Agnition eine hypotheca privata in eine öffentliche nicht umschaffe, berühren nicht diesen Fall, sondern setzen voraus, daß in dem Instrumente über den Charakter der Hypothek nichts gesagt ist. —

Wir glauben selbst, daß es dem Gläubiger freistehe, zu jeder Zeit auf die Ingrossation anzutragen. Wird die

Agnition vor dem Hypothekenbewahrer verweigert, so bleibt nichts übrig, als solche im Wege Rechtens zu erzwingen, und alsdann ingrossiren zu lassen.

Auf die Zeit der Constitution vor oder nach der Verordnung von 1828 kommt nichts an. Die Kraft der Oeffentlichkeit im Sinne des alten Rechts datirt aber erst vom Augenblicke der Agnition.

Hier ist der umgekehrte, von Freund Planck in Erfahrung gebrachte Fall! Ein Notariats-Schuldinstrument, seit dem 1. Octbr. 1828 aufgenommen, in welchem die Hypothek ausdrücklich als Privathypothek bestellt ist. Die Absicht der Interessenten kann nach unserer Ansicht die Qualität des Instrumentes hinsichtlich des Charakters der Oeffentlichkeit freilich nicht afficiren; was in privato geschehen ist, bleibt privatum, in publico, publicum; und so mag es allerdings wol zweifelhaft seyn, ob ein solches Instrument mit der darin enthaltenen Hypothek in den Ländern, in welchen die l. 11. C. cit. ohne Modification gilt, nicht als ein öffentliches zu classificiren sey, weil das sichere Datum oder die Beweiskraft dazu genügt. — Anders dagegen, wo das Gesetz der Inscription eingeführt ist, und die Kraft der Oeffentlichkeit hinsichtlich der Location im Concurse nur durch Inscription gewonnen werden kann. Hier ist bey der Aufnahme eines solchen Instruments es offenbar die Absicht der Interessenten, daß jene Kraft nicht soll gewonnen werden können, und man kann, nach dem bestehenden Rechte, die bona fides von den Hypothekengeschäften nicht ausschließen. — Wir halten deshalb ein solches Instrument nicht für ingrossationsfähig.

In einer uns vorliegenden Schuldverschreibung von Eimbeck vom 21. April 1775, welche, wie oft zu geschehen pflegt, privatim aufgenommen ist, finden wir die Hypo-

thek als eine gerichtliche bestellt, und sodann zur gerichtlichen Confirmation und Ingrossation in das Hypothekenbuch von den Interessenten bey dem damaligen Magistrate überreicht. Die clausula confirmatoria geht dahin: „Als wird diese Obligation hiemit von Gerichtswegen bestätigt, der gestellten Hypothek die Kraft eines öffentlichen Pfandes beygelegt, und ist zugleich die Verschreibung der Hypothek in dem Hypothekenbuche gewohnter Maßen ingrossirt worden."

Schon damals war also die falsche Theorie von der öffentlichen Hypothek in Eimbeck durchgedrungen; gewiß war dieß aber nicht an allen Orten der Fall.

Freund Planck, welcher überhaupt mehrere Ingredienzen in diesen hypothekarischen, aber leider übel riechenden Pot-pourri geworfen hat, sagt, daß ihm mehrere Obligationen durch die Hände gegangen sind, in welchen die Constitution zu einem wahren, eigentlichen Pfande geschehen sey.

Der Concipient jener Obligationen, quisquis sit, ist offenbar ein Separatist, welcher sich von der Verwirrung des alten hypothekarischen Credo hat lossagen und ein neues aufstellen wollen. Einstweilen wird er wol zu den Ketzern gezählt werden, wenn die Hypotheken nicht im Gerichte constituirt waren. Bey notariales oder bloß confirmirten Hypotheken mit jener Art Formel würden die Resultate des obigen Actenextracts eintreten; kurz, jene Formel hat überhaupt keinen Effect.

Das Schrecklichste bey dieser unglücklichen Sache ist überhaupt dieses, 1) daß jene Theorie niemals ganz durch alle Köpfe noch auf eine conforme Weise durchdrang, bis auf den heutigen Tag nicht; jeder formirte sich sein besonderes Theoriechen darüber, und die Differenz würde

sehr groß werden, wenn man die Hannöverschen Geschäftsleute über den Begriff ihrer öffentlichen Hypothek ad protocollum der Reihe nach vernehmen wollte; 2) daß der fragliche Begriff, welcher doch erst seit der Publication der Pufendorfschen Observationen bekannt wurde, mit rückwirkender Kraft auf die älteren Obligationen angewandt wurde, und als ein bloß theoretischer Rechtsbegriff consequenter Weise rückwirkend auch angewandt werden mußte. Und jetzt soll nun wieder die clausula intabulandi mit rückwirkender Kraft angewandt werden!

Ein Schuldner ist Eigenthümer zweier Grundstücke; das eine liegt unter der Jurisdiction des Amts, das andere unter der Jurisdiction des Magistrats zu Osterode. Er bestellt an beiden vor dem Amte Osterode eine Hypothek in vim hypoth. publ., und sie wird auch auf diese Weise von dem Amte confirmirt, und dann von dem Gläubiger in solutum als baares Geld offerirt. Da aber die Hypothek hinsichtlich des unter der Jurisdiction des Magistrats belegenen Grundstücks wegen fehlender Anmeldung nichtig war, auch dahin stand, welchen Effect die Constitution vor dem Amte haben würde, wenn auch die Anmeldung bey dem Magistrate noch hinzukäme; so wurde gefordert, daß diese Hypothek an dem städtischen Grundstücke de novo coram judice rei sitae in vim hypoth. publ. constituirt und confirmirt würde; statt dessen hatte der unglückliche Gläubiger, selbst ein Geschäftsmann, unter Zuziehung seines Schuldners die Obligation nur simpliciter zur Confirmation präsentirt, und diese war auch nur simpliciter ertheilt. — War dieß nun eine öffentliche Hypothek? Es waren andere Verwerfungsgründe vorhanden; indeß schien auch jener Punkt bey der jetzigen Lage der Praxis mit Recht bedenklich, weil ja die bloße Confirmation nach altem

Rechte nicht die Kraft der Oeffentlichkeit geben soll, so wenig als die Anmeldung, welche hier nach den oben excerpirten Calenberg-Lüneburgschen Verordnungen eigentlich nur nöthig war.

Der Mann jammerte gar sehr über seine vielen vergeblichen Kosten! Es ging ihm aber, wie dem Röslein auf der Haiden:

Half ihm nichts sein Weh und Ach!
Mußt' es eben leiden!

Die wichtigste von allen hierher gehörigen Controversen ist aber diese *).

Schon vor der Verordnung vom 13. Juni 1828 wurden die hypothecae legales simplices von dem höchsten Gerichte, denn die übrige Praxis war verschieden, als bloße Privathypotheken in den neueren Zeiten behandelt, obgleich früher, wie die Pufendorfschen Observationen ergeben, auch in dieser Materie das Gegentheil angenommen war. Diese Controverse ist durch die vorliegende Verordnung jetzt definitive gegen die gesetzlichen Hypotheken entschieden, in sofern nicht besondere noch bestehende Provincialgesetze oder Statuten ein Anderes bestimmt haben.

Die wichtigste jener Hypotheken ist bekanntlich die aus der Tutel oder Curatel für die Minderjährigen erwachsende.

In der Hannöverschen Eidesformul der Vormünder und Curatoren verpfänden diese Haab und Güter, und weil über die Beeidigung ein gerichtliches Protocoll aufgenommen wurde, so ist von jeher im Hannöverschen die Ansicht befolgt, daß eine solche Hypothek, weil sie eine öffentliche gerichtliche im weiteren Sinne des Worts, wenn gleich nicht immer in foro rei sitae constituta, sey, die Kraft der Oeffentlichkeit habe.

*) s. erstes Heft pag. 46 seqq.

Sie war und blieb natürlich immer nur eine öffentliche Hypothek im Sinne des Römischen, nicht des Deutschen Rechts, mit welcher sie oft nach den Statuten in gefährlichen Conflict gerathen seyn mag, oder bey einiger Consequenz hätte gerathen sollen.

Jetzt ist das Land von der Controverse voll, ob nach der vorliegenden Verordnung einer solchen Hypothek noch ferner die Kraft der Oeffentlichkeit beygelegt werden kann, mithin ob eine solche Hypothek einseitig ingrossationsfähig ist, weil die Eidesformel nur dahin geht: „Alles bey Verpfändung euerer Haab und Güter," ohne das Wörtlein „öffentlich" oder „gerichtlich" zu erwähnen. Man denke dabey an die Wichtigkeit dieser Controverse, und an die Lage des Vormundschaftswesens im Königr. Hannover, welches ungefähr eben so ohne Plan vorliegt, wie das Hypothekenwesen.

Wir können nach unseren obigen Ausführungen nur der Ansicht seyn, daß eine solche Generalhypothek aus einem solchen Instrumente, auch ohne Zusatz, einseitig und ohne Zustimmung des Vormundes oder des Curators auf deren gesammtes Vermögen ingrossationsfähig sey, weil die Hypothek in jure constituirt ist, die alte Praxis bey einer solchen Art von Hypotheken jene Wörtchen nicht forderte, und die Verordnung von 1828 an der Constitution pro praeterito et futuro nichts geändert hat.

Der Effect einer solchen Hypothek und Ingrossation wird freilich nach den verschiedenen Statuten in den verschiedenen Provinzen gar sehr verschieden seyn, z. B. im Calenbergschen und Göttingischen wird sie bey den Exemten omnia bona, auch immobilia, in foro ingrossationis ohne weiteres als öffentliche Hypothek ergreifen, weil die Exemten hier keine besondere Statuten haben, wie in den

meisten übrigen Provinzen des alten Rechts; bey den städtischen Grundstücken wird sie als eine Conventionalhypothek hinsichtlich ihres Charakters der Oeffentlichkeit erst noch der Anmeldung bedürfen; hinsichtlich der Mobilien ist die Anmeldung jedenfalls überflüssig; bey den Bauern halten wir aus demselben Standpunkte der Conventionalhypothek eine Confirmation in Gemäßheit der Verordnung von 1620 gleichfalls für nothwendig; als bloße Legalhypothek bedarf sie weder der Anmeldung noch der Confirmation; in Hannover trägt man, wie wir hören, eine solche Hypothek bloß auf das bewegliche Vermögen ein, das alte Deutsche Specialhypothekenbuch von diesem Römischen Emblema rein haltend.

Im Osnabrückschen ist diese Hypothek auch ohne öffentliches Instrument einseitig ingrossationsfähig, weil sie lege ipsa die Kraft der Oeffentlichkeit hat.

Und so geht die Sache feliciter durch alle Provinzen durch. Bon voyage! —

Nur so viel ist gewiß, daß eine solche Hypothek niemals die Kraft einer Deutschrechtlichen Hypothek hinsichtlich der Immobilien im Conflicte mit dieser haben kann, in sofern sie nicht deren sämmtliche Requisite hat, z. B. in Hannover und Celle.

Vielleicht wird dieser oder jener Obervormund, welcher an der Ingrossationsfähigkeit einer solchen Hypothek zweifelt, auf den Gedanken kommen, ob es ihm nicht freistehe, in die obige Eidesformel das Wörtlein „öffentlich" einzuschieben? Wir bezweifeln aber diese Befugniß, weil nach unserer Ansicht die gesetzlich feststehenden Eidesformeln von den Gerichten nicht einseitig abgeändert werden können; sie sind Theil der Gesetze. Ob, wenn der Schwörende einwilligt? Auch alsdann wol nicht, weil diese Art

Eidesformel juris publici ist. Anders bey den Interlocuten, und den danach normirten Eidesformeln. Man kann aber die beabsichtigte pia fraus wahrscheinlich sehr leicht erreichen, wenn man den Bauer nach Ableistung des Eides ad protocollum erklären läßt, daß er die Absicht gehabt habe, gerade eine öffentliche Hypothek zu bestellen, wovon er so wenig versteht als die Katze vom Sonntage.

P. S. So eben fällt uns die vidimirte Abschrift eines Tutorii des Stadtgerichts Hannover vom 20. März 1829 in die Hände. Darin heißt es: Mitvormund habe den vermöge Calenberger Canzleyordnung verordneten Eid eines Vormundes laut Protocolls — wirklich abgestattet. Nachher sind die Pflichten des Vormundes ungefähr wie in der gesetzlichen Eidesformel aufgezählt, und dabey heißt es: „Alles bey wirklich gerichtlicher Verpfändung seiner Haab und Güter, welche er deshalb ad acta eingesetzet."

Ob dieser Einschub auch in die Eidesformel geschehen ist, oder ob noch eine besondere Verpfändung ad protocollum statt gehabt hat, können wir nicht ersehen, und erlauben uns darüber auch keine Conjectur.

Das Obige ist unsere individuelle Ansicht; wer unsere frühere Deduction hinsichtlich der Ingrossationsfähigkeit der Hypotheken als richtig anerkennt, muß auch diese Folgerung einräumen.

Wir dürfen aber dem geneigten Leser nicht vorenthalten, daß aus einem auf Anfrage des Amtes Westerhof und des Königl. Pupillencollegii zu Göttingen erlassenen Rescripte des Königl. Justizdepartements vom 29. Sept. 1828 hervorzugehen scheint, daß Hochdasselbe eine entgegengesetzte Ansicht hegt *).

*) Wir glauben das Nachstehende hier ohne Indiscretion bekannt machen zu dürfen, da ja so viele Rescripte des Königl. Ju-

Das Amt hatte unter anderen Anfragen eine auch dahin gestellt:

Kann, wenn die Eintragung in die Hypothekenregister für erforderlich gehalten wird, solche Eintragung ohne ausdrückliche Einwilligung der Tutoren oder Curatoren geschehen, oder ist diese Einwilligung dazu erforderlich?

Die gleich darauf folgende Anfrage des Amts ergab, daß die vorige namentlich auch hinsichtlich der schon vorhandenen gesammten Hypotheken dieser Art aufgestellt war.

Das K. Pupillencollegium hatte in seinem Berichte zu jener Anfrage noch bemerkt, daß es ihm vorzüglich darauf anzukommen scheine, ob der Begriff der öffentlichen zur Eintragung geeigneten Hypothek durch deren Bestellung in einer öffentlichen Urkunde für erschöpft zu halten, oder ob es außerdem noch erforderlich sey, daß dieselbe namentlich als eine öffentliche Hypothek bestellt sey. In dem ersteren Falle würde die von den Vormündern und Curatoren in dem von ihnen geleisteten gesetzlich vorgeschriebenen Eide bestellte Conventional-General-Hypothek zweifelsohne als zur Eintragung qualificirt anzusehen, und die

stizdepartements durch die juristische Zeitung publicirt werden, und hier bloß leitende Rechtsgrundsätze in Frage stehen, bey denen nicht allein die Königl. Dienerschaft, sondern die gesammten Unterthanen gar sehr betheiligt sind.

Der in Bezug genommene Bericht des Amts Westerhof war von dem Amtmann Rose, zuletzt in Lemförde, mit dessen gewöhnlicher Gründlichkeit und Umsicht concipirt. Nur zu früh raffte leider der Tod jenen vortrefflichen Geschäftsmann im Frühlinge 1832 dahin. Wir werden lange seinen Verlust bedauern, da wir in ihm einen Freund, der Staat aber einen seiner geschicktesten juristischen Beamten verliert, dessen Unterhaltung für uns nie ohne Belehrung war. —

Befugniß der obervormundschaftlichen Behörde, diese Eintragung entweder in ihre eigenen persönlichen und dinglichen Hypothekenbücher oder in die der betreffenden zuständigen Richter respective vorzunehmen und zu veranlassen, nicht wohl zu bezweifeln seyn, wogegen in dem letzteren Falle die gedachte Hypothek zur Eintragung nicht für geeignet gehalten werden könne, da der gesetzlich vorgeschriebene Eid der Vormünder nur im Allgemeinen auf die Verpfändung der Haab und Güter, nicht aber auf eine öffentliche Verpfändung gerichtet sey, und die der Untergerichtsordnung vom 5. Octbr. 1827 beygefügte Eidesformel eines Güterverwalters die Verpfändung überhaupt nicht mit umfasse. Bey der im §. 4. der Königl. Verordnung vom 13. Juni 1828 deutlich hervorgehobenen Rücksicht scheine dem Collegio zwar die letzte der beiden obgedachten Ansichten gesetzlich sanctionirt zu seyn; indeß sey nach dem Berichte des Amts Westerhof wol nicht zu verkennen, daß dasselbe die durch die Eidesleistung der Vormünder bestellte Generalhypothek an und für sich zur Eintragung für geeignet halte, und es dürfte daher vielleicht eine desfallsige Erklärung um so wünschenswerther seyn, als das K. O. A. Gericht wenigstens früher den durch die gedachte Eidesleistung bestellten Hypotheken die Wirkung einer öffentlichen Hypothek beyzulegen kein Bedenken getragen habe, und die Rücksicht auf die Absicht des Debitors ein dem Röm. Rechte fremdartiges Merkmal enthalten, und früher nur in den Ansichten einzelner Rechtsgelehrten ihren Grund gehabt haben möchte.

(Nach unserer geringen individuellen Ansicht ist das Wörtchen „öffentlich" auch jetzt noch bey den zu ingrossirenden gerichtlichen Hypotheken nicht nothwendig, mithin auch nicht bey den fraglichen, und die bloße in der

Praxis, wie wir jedoch nicht glauben *), hie und da etwa angenommene angebliche Legalhypothek des curatoris bonorum, nach der Eidesformel der Untergerichtsordnung, da solche aus einem ingrossationsfähigen Instrumente nicht hervorgehen würde, als simple Privathypothek nicht ingrossationsfähig).

In dem darauf erlassenen hohen Rescripte heißt es sodann:

„Die Vorschrift des §. 4. der Verordnung weiset ausdrücklich darauf hin, daß die Absicht des Schuldners, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen, erwiesen seyn müsse, und kann somit die Constatirung einer solchen Erklärung auch bey Vormündern nicht umgangen werden."

Jedenfalls soll also hiernach das Wörtchen öffentlich auch bey der Umwandlung solcher Legalhypotheken in öffentliche Conventionalhypotheken zur Ingrossation nothwendig seyn.

Die Anfrage des Amts ging außerdem deutlich auf die clausula intabulandi, und nach dem, was wir oben §. 49. (S. 324 ff.) hinsichtlich des hohen Ministerialrescripts vom 19. Decbr. 1828 ausgeführt haben, würde es uns fast wahrscheinlich werden, daß solche auch hier gemeint sey. — Daraus würde denn aber unfehlbar wieder folgen, daß auch bey allen gerichtlichen alten und neuen Hypotheken, wenn sie sich ingrossiren lassen wollen, die clausula intabulandi, wenigstens das Wörtchen öffentlich, nothwendig sey, da sie ja mit den fraglichen Beeidigungsprotocollen gleiche Kraft haben.

In der Materie selbst müssen wir den geneigten Leser lediglich auf den Inhalt des §. 49. verweisen.

Hiermit lassen wir diesen Punkt für diese Abhandlung definitive fallen, welchen wir hier nur wegen seiner Connerität und wegen seines großen praktischen Interesse, nicht

*) s. Ramdohr Jur. Erfahrungen. Th. I. pag. 240.

aber in legislativer Hinsicht berührt haben, da diese Ausführung bloß die eigentlichen Conventionalhypotheken zum Gegenstande hat.

Das Interessanteste ist aber gewiß dieses, daß man es sogar für nothwendig hielt, die oben charakterisirte eigenthümliche Theorie einer öffentlichen Hypothek in die öffentlichen Schuldpapiere mit aufzunehmen!

Es liegt in diesem Augenblicke eine gedruckte Au-porteur-Obligation der gesammten alten Hannöverschen Landschaften, deren Ausschuß während der Französischen Occupation eine Art Landes-Administrations-Collegium bildete, vom 1. Januar 1804 vor, ein schönes Neujahrsgeschenk, in welcher es heißt: Zur Sicherheit des Capitals rc. constituiren dieselben (die Landschaften) als eine öffentliche Hypothek sämmtliche gegenwärtige und künftige Landschaftliche Intraden rc.

Eine öffentliche Hypothek setzt die Möglichkeit einer Privathypothek und eines demnächstigen Prioritätsurtheils voraus; wie aber an jene hier habe gedacht werden können, ist uns nicht begreiflich, wenn überhaupt Verbriefungen Namens des Staats ausgegeben werden sollen, welche ja nothwendig immer den Charakter der Oeffentlichkeit haben, da ja alle Oeffentlichkeit vom Staate ausgeht. Und, wenn man einmal an den Formen des Privatrechts festhalten wollte, warum ging man nicht noch einen Schritt weiter, und ließ die Obligationen in vim hypothecae publicae vor dem Gerichtsschulzenamte oder der Justizcanzley in Hannover confirmiren! Die constitutio in jure war ja gerade hier bekanntlich zweifelhaft, da der Landesherr gegen alles Schuldenmachen protestirt hatte.

Sollten wir wieder nach Frankfurt kommen, wo der Gang zu unsern Leuten, in die Judengasse, immer

der erste zu seyn pflegt, gewiß unsere hypothekarische Wißbegierde wird nicht eher ruhen, als bis der Herr Baron v. Rothschild, welcher, wie uns wahrscheinlich ist, wegen seiner fast fabelhaften Kriegsthaten auf der Börse, die einen Roland und Tancred vergessen machen, nächstens in den Reichsgrafenstand erhoben werden wird, uns darüber belehrt hat, ob noch andere Effecten auf den Rennbahnen der Europäischen Börsen mit der enormen Sicherheit „einer öffentlichen Hypothek" circuliren.

Daß solche geharnischten Papiere, wie die geharnischten Sonnette von Rückert, nie unter Pari ihres Nennwerths fallen können, ist von selbst klar. —

Wir empfehlen deshalb diese Clausel denjenigen hypothekarischen Völkern, welche die Börse zu ihrer Lunge gemacht haben, da sie auf diese Weise immer vor Engbrüstigkeit (angustiae) gesichert seyn werden.

Man hat durch die obige Floskel die Staatsobligationen nach Form und Materie den Obligationen der Privatpersonen wahrscheinlich assimiliren, und die Unterwerfung unter die Herrschaft des nämlichen Civilrechts, welches die Privaten regiert, durch ihren Inhalt andeuten wollen.

Sehr wohl! Allein leider tempi passati! Wie paßt dazu das au-porteur, was freilich sehr bequem für den Gläubiger ist, und viele anscheinende Vortheile bey der Contrahirung von Staatsdarlehnen, der Geschäftsführung und dem Course der Papiere hat, aber für den Staat selbst auf die Dauer eine verderbliche Einrichtung ist, weil sie die Agiotage und den Strudel der Börse, so wie die Anhäufung der Staatspapiere in den Händen weniger christlicher und israelitischer Juden befördert. —

Aus den glücklichen Zeiten, wo man das Schuldenwesen des Staats als das eines großen Privathaushalts

ansah, wo man General- und Special-Hypothek mit allen möglichen anderen privatrechtlichen Floskeln des Mittelalters in die Staatspapiere setzte, ist man leider längst heraus; die Europäische Menschheit ist längst mit Haut und Haar verschrieben, wozu also die vielen Worte und namentlich die obige Floskel *)? Dieß kann allenfalls nur noch für den dummen Bauer und Bürger eine Brille seyn, für die knowing ones gewiß nicht.

Bekanntlich beruht der Credit der öffentlichen Papiere in den neueren Zeiten nicht auf dem gesetzten, schwer zu realisirenden Pfande, wenn dieß auch selbst als ein öffentliches constituirt werden sollte, sondern lediglich auf dem Zutrauen zu der Ehre, der Administration und den Hülfsquellen der Staaten. — Sind diese nicht perennirend, haben sie nicht Erdwärme, sind es so genannte

*) Vergl. über das Obige Georgii Entwurf einer Pfand- und Hypothekenordnung für das Königr. Wirtemberg, Stuttgart 1823. §. 20. Er will auch in den Staatspapieren die alten privatrechtlichen Floskeln beybehalten. Wir haben oben zum Theil dieselben Worte gebraucht.

Niemals ist es aber Georgii eingefallen zu rathen, das Wörtchen „öffentlich" in die Staatsobligationen einzurücken; er hält es nur für rathsam, in die Staatsobligationen die Generalhypothek einzurücken, und dieser die Rechte der öffentlichen Hypothek gesetzlich zu geben. Wozu aber dieser Bocksbeutel des 17 und 18ten Jahrhunderts, da wir in der Kunst, Schulden zu machen, viel weiter vorgerückt sind? — Die Execution gegen den Staat wird bey eintretender Insolvenz der Casse durch juristische Floskeln nicht erleichtert und gesichert werden. Der Sinn der exceptio Caesarea läßt sich leicht aus dem Passivo in das Activum übertragen. Das Chirographum und der Wechsel solider Leute gilt auch eben so viel, als eine bombenfeste öffentliche Obligation.

Hungerquellen, so bleiben die öffentlichen Papiere immer Fische ohne Wasser.

In den späteren Hannöverschen Obligationen ist deshalb auch jener Ausdruck weggeblieben, wir finden wenigstens in einer so genannten Belleville-Neuvier'schen vom 1. Mai 1821, und zwar nur als Zwischensatz, die Clausel: „Unter Verpfändung der Steuereinkünfte des Königreichs" was uns auch ziemlich überflüssig scheint. Auch in den Staatspapieren von 1831 finden wir jene Floskel nicht.

In den Westphälischen Au-porteur-Obligationen von 1811 ist gleichfalls „die Gesammtmasse der aufgehobenen geistlichen Stiftungen und der übrigen Domainen des Staats als Specialhypothek" verschrieben, eine schöne Specialhypothek, indeß hat die actio hypoth. von den Gläubigern einstweilen und Gottlob noch nicht angestellt werden können, obgleich Jérome schon so lange debitor in fuga ist. Man muß erst abwarten, wie die Herrn Commissäre in Berlin über die Execution verfügen werden. —

Jedermann denkt billig zuerst an seine legitimen Kinder, vorzüglich wenn die Familie, etwa wie die des Jacob, zahlreich ist. —

Die Folgen einer übertriebenen, nicht realisirbaren und ganz ungegründeten Rechtlichkeit wird der Deutsche Bauer noch lange beweinen. —

Wir haben neulich, als wir vi commissionis ein hypothekarisches Cautionsinstrument aufnehmen mußten, und uns daneben als Dirigenten des Termins die Vertretung dreier ganz verschiedener widersprechender Interessen, als einer Art von geistiger quadriga, oblag, folgende Formel einer Hannöverschen öffentlichen Hypothek Namens der In-

teressenten ad protocollum gegeben, welche in der Form als bombenfest sich ausgewiesen hat:

„Zu diesem Zwecke bestellen die Interessenten an ihrem gesammten Vermögen, nichts davon ausgenommen, gegenwärtigen und zukünftigen, beweglichen und unbeweglichen eine öffentliche, gerichtliche Generalhypothek, dagegen an dem cum feudo conjuncto allodio der Güter ꝛc. eine öffentliche, gerichtliche Specialhypothek in bester Form Rechtens und namentlich nach Vorschrift der Königl. Verordnung vom 13. Juni 1828, und willigen respective ein und tragen darauf an, daß solche Hypothek sobald als thunlich bey der Königl. Justizcanzley möge eingetragen werden, jedoch wünschen die Interessenten keine Confirmation der Hypothek."

Weiter reicht in dieser Hinsicht wenigstens unsere jurisprudentia cautelaria nicht.

Wer sich aber einen recht lebendigen Begriff davon machen will, welche Verwirrung der Hannöversche Begriff einer öffentlichen Hypothek in dem Hannöverschen Creditwesen angerichtet hat, der muß eine gewisse Acte lesen, welche bey der Königl. Justizcanzley zu Göttingen zum Theil über jenen Begriff und wegen einer bedeutenden Summe noch ganz kürzlich in pto. prioritatis verhandelt ist, worüber wir uns aber aus gar vielen Rücksichten hier nicht weiter äußern dürfen. Und wie viele 1000 Processe der Art wurden seit 1744, wo jener Begriff durch die Herausgabe der Pufendorfschen Observationen dem Lande zuerst bekannt wurde, verhandelt; wie viel Zeit der reichlich remunerirten Geschäftsleute wurde dadurch consumirt, und wie große Summen gingen dadurch verloren, bis auf den heutigen Tag den 13. Mai 1832!

Nur dem, welcher die geistige Entwickelung des Deutschen und des Hannöverschen Wesens in seinen inneren Tie-

sen durchschaut hat, sind solche Erscheinungen, und ihre Folgen kein Räthsel!

§. 51.

Hiermit schließen wir den eigentlichen historisch-dogmatischen Theil dieser Abhandlung, so unvollkommen er immer seyn mag, und so viel wir noch aus den Collectaneen eintragen könnten! Einiges behalten wir noch für den legislativen Theil zur besseren Begründung desselben vor.

Das legislative Gesammtresultat wird vielleicht folgendes seyn.

Als man 1828 das Gesetz der Inscription, causa cognita, einführen wollte, so fand man einen höchst controversen Begriff der öffentlichen Hypothek im Lande vor, dessen Gehalt keine sterbliche Seele zu ergründen vermochte, und dessen verderbliche Folgen niemand ahndete oder öffentlich auszusprechen wagte; einen wahren Stein des Anstoßes für das alte Creditsystem des Landes; einen Pfahl, einen spitzigen Dorn im Fleische; einen dröhnenden Zahn. Dieser Begriff ging außerdem mit dem Keime einer neuen gewaltigen Bildung schwanger; man reformirte jenen Begriff nicht, ja man baute darauf das entscheidende Moment der Ingrossationsfähigkeit der hypothekarischen Schuldverschreibungen, ohne den neuen Bildungstrieb gehörig auszuprägen; und so blieb die Vergangenheit controvers wie sie war, die Zukunft wurde noch unendlich controverser als die Vergangenheit, und der ganze Privatcredit des Landes wurde von neuem gefährdet durch die Streitfrage von der Nothwendigkeit der claus. intab., welcher nach Einigen sogar rückwirkende Kraft hinsichtlich der gesammten älteren Schuldverschreibungen beygelegt werden sollte, und zum Theil auch praktisch beygelegt wurde.

Dieß bloß in technischer Hinsicht, die Politik bleibt ganz bey Seite!

Nicht schwer wird es jetzt dem geneigten Leser fallen, zu bestimmen, zu welchem der oben im §. 2 und 3. herausgehobenen Systeme der Ingrossationsfähigkeit das analysirte Hannöversche System gehöre.

Es gehört offenbar zu den variis causarum figuris. In seiner chaotischen Confusion enthält dieß System alle drei Urracen, das Officialsystem, die claus. intabul. und die Ingrossation auf einseitigen Antrag des Gläubigers. Jede kann es mit gleichem Rechte sich vindiciren.

Niemand wird wol bezweifeln, daß der Hypothekenbewahrer ex officio ingrossiren könne und selbst müsse, wenn bey ihm seit dem 1. Octbr. 1828 eine gehörige, untadelhafte, öffentliche Hypothek constituirt, oder von ihm confirmirt, oder bey ihm nur angemeldet oder offenbart ist.

Freilich ist dieß in dem neuen Hypothekengesetze vom 13. Juni 1828 nicht gesagt, selbst nicht in dem Generalausschreiben der höchsten Staatsbehörde von demselben Dato *), welches sich doch zu jener Verordnung wie ein allgewaltiger dirigirender Minister, Präsident des Conseils, Kanzler rc. verhält, welche Herren wir eine lebendige lex Cod.: Ut quae desunt etc. nennen möchten, wie der Prätor eine viva vox juris genannt wird. In jenem höchsten Ausschreiben ist nur bemerkt, daß „bey schriftlichen Ueberreichungen von Hypothekbestellungen behuf Eintragung derselben die Bemerkung des Tages und der Stunde der Ein-

*) s. erstes Heft p. 69.

Jenes wichtige Regulativ ist bis jetzt noch nicht zur öffentlichen Kunde gekommen, obgleich es die Einrichtung des Hypothekenwesens im Lande dirigiren soll.

reichung von Seiten des Gerichts nicht außer Acht zu lassen sey," dagegen fehlt eine correspondirende Vorschrift, daß bey nicht vorhandenen Hindernissen der Hypothekenbewahrer auch an demselben Tage eintragen soll! Allein die Deutschen Verordnungen setzen bekanntlich zuweilen einiges voraus; sie machen in ihren stillschweigenden Voraussetzungen dann und wann etwas starke Ansprüche an den gesunden Menschenverstand und selbst an das immer freilich zu präsumirende Genie der Officianten und Unterthanen, daß sie dieß oder jenes, auch ohne besondere Aufforderung, prästiren sollen, wo man denn auch immer mit gehöriger Loyalität so viel als möglich nachzukommen sucht, und so ist man also auch hier ohne Zweifel davon ausgegangen, daß der Hypothekenbewahrer die ihm vorliegenden gehörigen öffentlichen Hypotheken sofort ex officio eintragen solle und werde. Dieß geschah ja auch schon früher, als das Gesetz der Inscription noch nicht eingeführt war, abgesehen von den Städten, bey denjenigen Aemtern und Gerichten, welche sich die Mühe gaben, ein Hypothekenbuch zu führen.

Die Hälfte, oder zwei Drittheile aller neuen Hannöverschen öffentlichen Hypotheken werden gewiß ex officio eingetragen, ohne alle claus. intabul., sobald sie vor Gericht constituirt, confirmirt, angemeldet oder offenbart sind.

Nach unserer Ansicht muß aber ein Staat, welcher das Gesetz der Inscription einführen will, dem Hypothekenbewahrer die genauesten und vollständigsten öffentlichen mandata cum et sine clausula hinsichtlich seiner Dienstpflicht schon im voraus geben, und wie Jupiter tonans, den Donnerkeil in der Hand immer drohend aufgehoben halten, weil er sich sonst darauf verlassen kann, — experto crede Ruperto! — daß seine Mandate entweder gar nicht, oder

sehr schlecht von diesem oder jenem Hypothekenbewahrer vollzogen werden. —

Doch dieß sey hier nur gesagt, um zu zeigen, daß das Officialsystem ein Hauptingredienz des Hannöverschen Systems ist, natürlich äußern wir uns hier nicht über die Einrichtung des Geschäftsganges hinsichtlich der Ingrossation.

Wie sehr die clausula intabulandi eine Rolle in diesem Systeme spiele, ergiebt unsere ganze Ausführung. Die vis hypoth. publ. und das Wörtlein „öffentlich" sind ja gerade nur ihr Schatten. Der Glaube ist nur noch nicht zum förmlichen Durchbruche gekommen.

Einige nehmen ja sogar an, wie es scheint, daß die claus. intabulandi bey allen hypothekarischen Schuldverschreibungen, juris antiqui et novi, welche sich ingrossiren lassen wollen, nothwendig sey. Davon werden sie jetzt die endliche Bedeutung spüren.

Wie weit die clausula intabulandi den alten Begriff der Oeffentlichkeit modificire, wenn sie in den Schuldverschreibungen enthalten ist, das ist oben (S. 316 u. 333.) ausgeführt.

Indeß auch der Gläubiger kann nach unserer oben ausgeführten Theorie einseitig ingrossiren lassen, wenn er nur eine gehörige öffentliche Hypothek im Sinne des alten Rechts hat. Z. B. wenn ein Calenbergischer in pto. fori Eremter vor Notar oder irgend einem Unterrichter des Landes ausdrücklich eine öffentliche Hypothek bestellt hat, so wird wol niemand, der zu unserer hypothekarischen Fahne und nicht zu der Nothwendigkeit der claus. intab. schwört, bezweifeln, daß sein Gläubiger diese Hypothek bey der betreffenden Justizcanzley in Hannover oder Göttingen einseitig ingrossiren lassen kann, ohne clausula intabulandi. —

Ist nach besondern Statuten außer der Ingrossation vorher noch die Confirmation, die Anmeldung, die Offenbarung nöthig, so muß diese natürlich erst vorangehen, dadurch wird aber die Bewegung zur Ingrossation nicht weiter modificirt.

Kurz, die Hannöversche öffentliche Hypothek ist, wie die geistreichen und liebenswürdigen Frauen, ein undefinirbares Je ne sais quoi, und da dieses bekanntlich von niemandem als dem schönen Geschlechte selbst recht verstanden werden kann, so muß der Concipient, am Ende der Ausführung seine gänzliche Unfähigkeit, ein solches Wesen zu definiren, nochmals eingestehen, und den Hannöverschen Hypothekenbewahrer an seine Geliebte, oder an seine Frau oder noch besser an seine geliebte Frau verweisen, damit diese ihm das Räthsel der Dinge bey seinen hypothekarischen Studien aufschließe.

Claudite jam rivos, pueri; sat prata *) biberunt!

*) Das geduldige Papier nämlich, da wir im südlichen Theile des Königr. Hannover eine so schlechte Wiesenwässerung haben, und wol noch nicht einmal an eine Wiesenwässerungsordnung für diese Provinzen gedacht ist, wo denn statt der Wiesen sehr oft der Geldbeutel des Fiscus und der Advocaten gewässert wird.

Hier reicht das K. R. notorisch zu Soltau nicht aus.

Durch ein besonderes Landes-Oekonomie-Collegium seit dem Anfange dieses Jahrhunderts beglückt; ist es auffallend, — doch sat prata biberunt! Nur noch den Witz des Hrn. Stadtsyndicus Weinlig zu Soltau in dessen so eben erschienener Brochüre pag. 287. „daß der Name eigentlich eine Satyre enthalte!" — was nebst den dafür aufgestellten Gründen wir müssen dahin gestellt seyn lassen, da wir uns eben so wenig auf die Satyre verstehen als Varro auf die Etymologie, als er lucus a non lucendo derivirte, welche Beziehung gewiß dem Herrn Stadtsyndicus Weinlig kein Räthsel seyn wird.

Nur noch ein Wörtchen über unser kleines liebes Ich, wahrscheinlich doch auch eine Monade des Leibnitz, und gleichsam über unser persönliches Verhältniß zu dem fraglichen Hannöverschen Begriffe einer öffentlichen Hypothek!

Als einer unserer Vorfahren Mitglied eines der Calenbergschen Obergerichte war, da existirte dieser Hannöversche Begriff einer öffentlichen Hypothek noch nicht; wir, in das Land unserer Väter zurückkehrend, fanden daselbst unter anderen Dingen auch jenen Begriff vor; wir legten ihn in den Staub, und wir wollen denjenigen sehen, der ihn wieder aufrichten wird. —

Natürlich reden wir hier von dem juristischen Dogma und nicht von der Hannöverschen Verordnung, da wir als Unterthan und Officiant wohl wissen, was wir der gesetzlichen Sanction schuldig sind. —

(Ende des historisch-dogmatischen Theils).

Anlage A.

Declaratorische Verordnung über die Competenz der Gerichte bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, für das Königreich Hannover, mit Ausnahme der Landestheile, in welchen die Königlich=Preußische Allgemeine Gerichts=Ordnung noch zu befolgen ist.

Carlton-House, den 29. Octbr. 1822.

Es ist Uns vorgetragen worden, daß die bei Unsern Gerichten vorzunehmenden Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, theils in Beziehung auf die Competenz der Gerichte überhaupt, bei welchen sie vollzogen werden, theils in Beziehung auf die Ausdehnung und die Grenzen dieser Competenz, zu Zweifeln Veranlassung gegeben haben, welche nicht selten die Quelle verderblicher Processe für die Parteien geworden sind, und namentlich auf die bei den Gerichten übergebenen oder vor denselben errichteten letzten Willens=Meinungen einen nachtheiligen Einfluß geäußert haben.

Um diesen Ungewißheiten und den damit verknüpften Nachtheilen ein Ziel zu setzen, erklären und verordnen Wir hiedurch, wie folgt:

§. 1.

Alle Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, bei denen irgend eine vorgängige Untersuchung und Vergewisserung erfordert wird: über die Fähigkeit der Personen, welche sie vornehmen wollen, zur Eingehung von Rechts-Geschäften überhaupt, über ihre rechtlichen Befugnisse zur Ausübung der in Frage befangenen Handlung und über die Veräußerlichkeit der Gegenstände, auf welche die Handlung gerichtet ist, kurz alle Handlungen der gemischten freiwilligen Gerichtsbarkeit gehören ausschließlich vor das in Rücksicht der Personen oder Gegenstände competente Gericht.

§. 2.

Alle Handlungen hingegen, welche keiner derartigen Untersuchung bedürfen, bei denen es vielmehr lediglich auf den freien Willen der Parteien ankommt, und denen Wir ausdrücklich die Testamente und andere letztwillige Dispositionen beigezählt wissen wollen, können vor jedem mit Civil-Jurisdiction versehenen Gerichte, ohne Rücksicht auf dessen sonstige Competenz, vorgenommen werden. Es steht diesemnach den Parteien frei, Testamente und andere Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor jedem bürgerlichen Gerichte im ganzen Umfange Unsers Königreichs Hannover, vor welchem sie wollen, zu errichten oder vorzunehmen, ohne an die Grenzen des Gerichts-Sprengels, dem sie angehören, auf irgend eine Weise gebunden zu seyn.

§. 3.

Nicht minder wird es den Parteien gestattet, dergleichen Handlungen der reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit auch bei einem ausländischen Gerichte, jedoch, wie sich von

selbst versteht, unter Beobachtung der daselbst vorgeschriebenen Formalitäten, vorzunehmen.

§. 4.

Die Gerichts-Personen können, in der Anzahl, welche zur Legalisation solcher Handlungen gesetzlich erfordert wird, dieselben nicht nur an der eigentlichen Gerichts-Stelle, sondern auch an jedem andern Orte ihres Gerichts-Bezirks, wo es die Parteien wünschen, mit Rechts-Bestande ausüben. Außerhalb ihres Gerichts-Sprengels aber sollen sie dazu nicht befugt seyn, vielmehr soll jedes Geschäft dieser Art nur als ein des öffentlichen Glaubens ermangelnder Privat-Act angesehen und die unbefugten Gerichte sollen wegen Verletzung fremder Gerichtsbarkeit den Umständen nach bestraft werden.

§. 5.

Eine Ausnahme von dieser Vorschrift wollen Wir jedoch in dem Falle statt finden lassen, wo der Richter seinen Wohnsitz außerhalb seines Gerichts-Bezirkes zu nehmen genöthigt ist und die Parteien, welche sämmtlich oder zum Theil Untergebene seines Gerichts-Sprengels seyn müssen, sich zur Vornahme solcher Handlungen in seiner Privat-Wohnung freiwillig anfinden. Was insbesondere die Patrimonial-Gerichte betrifft: so ist hierüber das Weitere in Unserer Verordnung vom 13. März 1821 № 44. bestimmt.

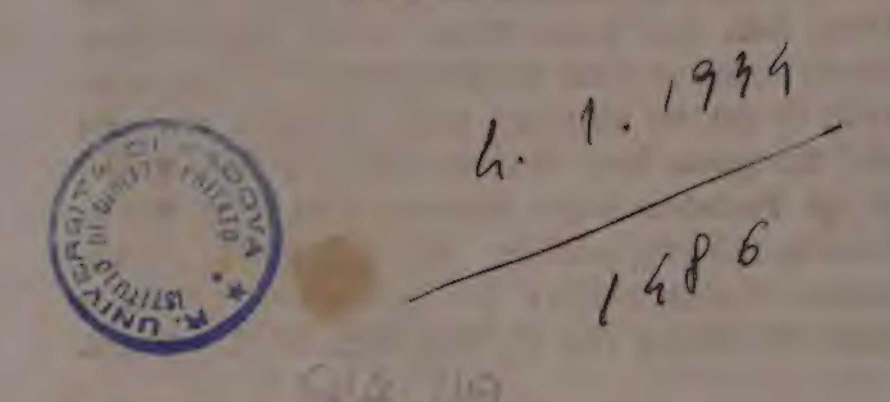
§. 6.

Wie nun solchemnach Unsere Ober-Gerichte innerhalb ihres ganzen Gerichts-Sprengels und an jedem Orte desselben, ohne Rücksicht auf den Gerichtsstand der Parteien, die Handlungen der reinen freiwilligen Gerichtsbarkeit

auszuüben berechtigt sind: so setzen Wir in Ansehung der Untergerichte, denen eine gleiche Befugniß rücksichtlich ihres Gerichts-Bezirkes zusteht, ausdrücklich hiedurch fest, daß die etwanige Canzlei-Sässigkeit des in ihrem Bezirke oder in dessen Nähe liegenden Hauses oder Hofes, woselbst von ihnen eine solche Handlung vorzunehmen ist, kein Hinderniß ihrer Rechts-Beständigkeit und ihrer gerichtlichen Eigenschaft abgeben soll.

George Rex.

E. Gr. v. Münster.



Zusätze und Berichtigungen.

S. 55. Z. 9. v. u. ist vor thun einzuschalten zu.

— 97. — 9. v. o. statt 279 ließ 269.

— 125. Zusatz zur Note. Einer der geschicktesten hiesigen Herrn Sachführer versichert uns so eben, daß ein Schneider, welcher das Gesetz der Confirmation in der Hypothekenverordnung vom 13. Juni 1828 vergebens, wie zu erwarten stand, suchte, und leider die übrige Hannöversche juristische Gelehrsamkeit nicht kannte, die ihm angemuthete Zahlung der Confirmationsgebühren aus jenem Grunde zuerst hartnäckig verweigerte. Causa cognita soll von deren Beitreibung auch abstrahirt seyn, und dieser gute Erfolg mehrere Andere belehrt haben. Es war also ein Schneider nöthig, um uns Hannöverschen Juristen über einen so wichtigen Punkt des Rechts die Brille zu schleifen.

Durch eine gewisse, ganz zufällige Ideenassociation, welcher wir leider nur zu sehr unterworfen sind, fällt uns das Lied von Göthe gerade ein:

Es ist ein Schuß gefallen!
Mein! sagt, wer schoß dadrauß'?

Bloß damit uns nicht der Vorwurf der Unvollständigkeit gemacht werde, bemerken wir hier noch, daß in den fünf so genannten großen, leider jetzt aber im Sinken begriffenen, Städten Göttingen, Nordheim, Hameln, Eimbeck und Osterode außer den im Texte nach und nach berührten 3 Verordnungen noch eine besondere vom 26. Januar 1753 existirt, welche wir schon Seite 96. erwähnt haben. Sie ist bloß respective eine Wiederholung, Schärfung und Erweiterung der früheren 3 Verordnungen, modificirt aber diejenigen Punkte nicht, welche wir aus jenen Verordnungen erörtert haben.

Sie gehört noch mehr als die früheren in die Lehre vom Besitztitel.

Alle diese Verordnungen, innerhalb nicht 50 Jahre gegeben, und dadurch schon allein ihre Mangelhaftigkeit hinlänglich bekundend, haben ihren wohlthätigen Nebenzweck, Sicherung des Grundeigenthums und des Realcredits, nur sehr unvollständig erreicht. —

— 182. Z. 6. v. o. statt Ubbelode ließ Ubbelohde.

S. 193. Z. 15—17. v. o. der Satz ist dahin abzuändern: „jene das forum oder den locus contractus, diese das forum domicilii" etc.

— 193. — 19. v. o. statt besonderer ließ besonnener.

— 197. Zusatz zu der Note. Nach dem Abdrucke derselben sind durch die Verordnung vom 23. März 1832 auch die Aemter Catlenburg und Lindau vereinigt; in dem ersteren gilt Grubenhagensches, in dem zweiten Preußisches Recht.

— 206. In den Motiven zu dem Entwurfe einer neuen Hypothekenverordnung für die freie Stadt Bremen, welcher kürzlich erschienen ist, und hie und da wol noch einer Verbesserung und Erweiterung bedürftig seyn möchte, ist S. 118 u. 131. der Entwurf einer Hannöverschen Hypothekenordnung bereits benutzt, ehe derselbe zur Kunde der Hannöverschen Unterthanen gekommen ist. Vielleicht haben diese nun um so mehr Hoffnung, daß jener Entwurf auch ihnen bald durch den Druck zugänglich gemacht werde. Des Verfassers hypothekarischer Durst ist durch die Quellen des Auslandes schon ziemlich gelöscht. —

— 207. — 13. v. u. statt vorliegendem ließ vorliegenden.

— 241. am Ende fehlt die Reflexion, daß eine gute Gesetzgebung eine gute Praxis, eine schlechte Gesetzgebung eine schlechte Praxis zur Folge hat, und umgekehrt, eine gute Praxis ꝛc. kurz, daß Gesetzgebung und Praxis sich gegenseitig zeugen. Dieß belegt die Entwickelung des Römischen Rechts, was freilich auch erst noch zu deduciren ist, sodann des Englischen und, ungeachtet aller Verkleinerungen, in gewisser Maße auch des Französischen Rechts. Durch dieses Teleskop läßt sich in die legislative Zukunft mancher Deutschen Territorien sehen. —

— 251. Endlich soll das Bingerloch mit Preußischem Pulver gesprengt seyn, das so viel in Deutschland thun muß. —

— 296. — 11. v. u. statt Verordnunng ließ Verordnung.

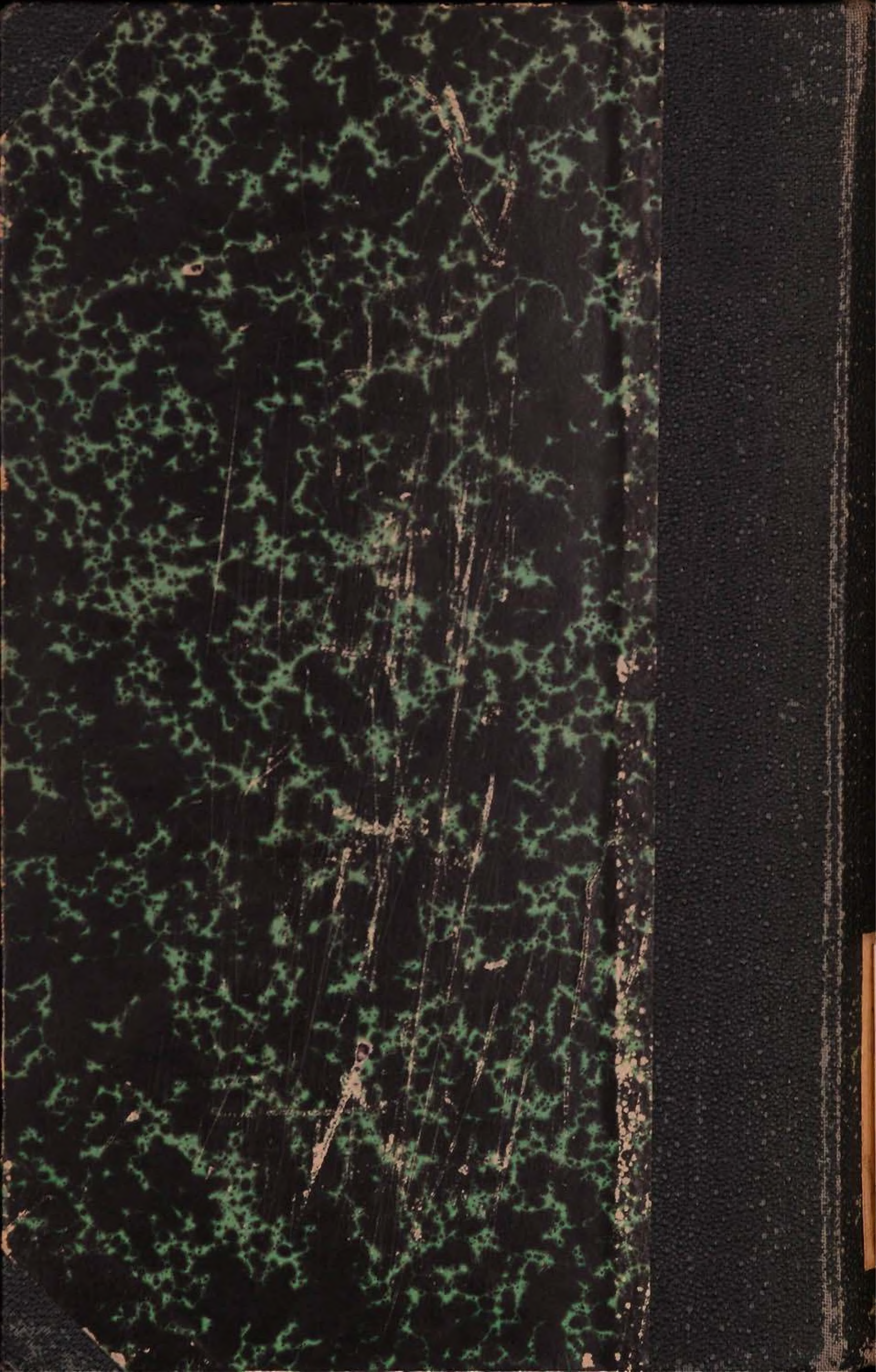
— 328. — 8. v. o. statt ihnen, wie es in der juristischen Zeitung steht, wahrscheinlich Ihnen.

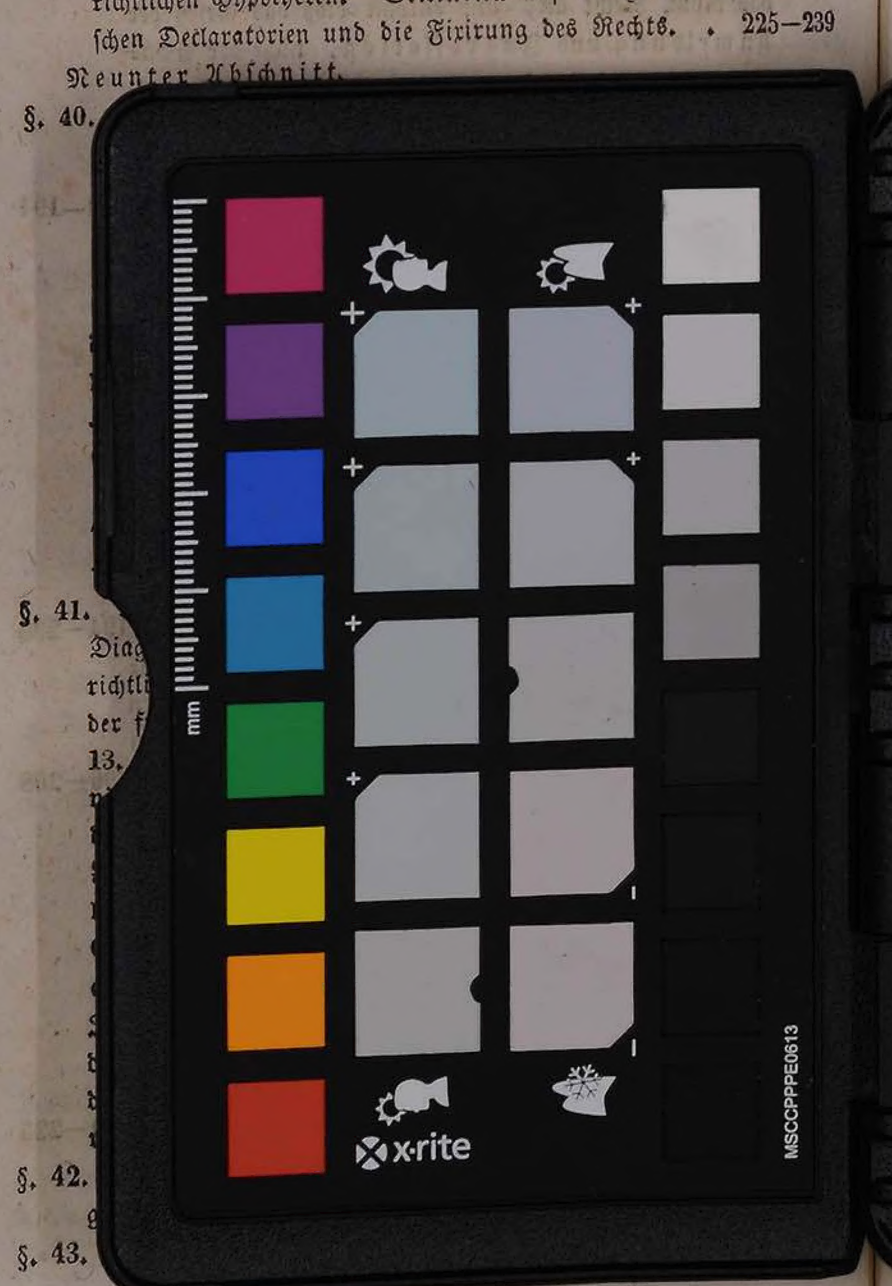
— 352. — 7. v. u. statt Vermundschaftssache ließ Vormundschaftssache.

— 353. Zum dritten Absatze denke der geneigte Leser hinzu: „falls die etwa nöthige Confirmation hinzugekommen!" Zu der Ingrossation des berührten Chirographi war sie freilich nicht nothwendig, weil es von einem Exemten ausgestellt war.

Sollten wir etwa noch einige andere Kleinigkeiten übersehen haben, so gedenke der geneigte Leser gütigst an den humanen Spruch: Hanc veniam damus etc. Auch für die etwaigen großen Schnitzer und für das ganze Buch selbst als einen offenbaren Schnitzer bitten wir hier nochmals um Nachsicht.

Gedruckt bey Friedrich Ernst Huth.




mm
x·rite
MSCCPPPE0613


x·rite
colorchecker
MSCCPPCC0613
mm